POR IVAN MARTINEZ DE ARRIOLA,

COMO MARIDO DE DOÑA Lucia de Alcate, hija, y heredera de Domingo de Alcate. Y por el Patronato de Don Alvaro Ponce. Y por Doña Mariana Rodriguez. Y por los herederos de Don Christoual de la Puebla.

EN EL PLEYTO

DE ACREEDORES DEL GENERAL Iuan de Vribe Apallua, y Doña Maria de Ozeta su muger, y el Maesse de Campo Don Iuan de Vribe, y los demas sus hijos.

SOBRE

LA GRADVACION DE LOS DICHOS Acreedores, y que no se deue dar grado por los vinculos que fundò el dicho General: en que pretenden suceder el Señor Don Gregorio Lopez Mendiçaual, como marido de la Señora Doña Theresa de Vribe, y Don Iuan de Vribe.

LAS QVESTIONES QVE SE resueluen en este papel.

ARTICVLO PRIMERO.

QVE los vinculos no pueden tener grado conforme a la transaccion. fol. 2. n. 4 cum seqq.

Que aunque no huuiesse transaccion los vinculos no tienen prelacion, porque se han de reducir a vno de tercio y quinto. fol. 7. ex n. 27.

Que las deudas sō anteriores a los vinculos cōforme a su fundaciō, q̄ fue al tiēpo de la muerte. fol. 8. ex n. 30.

Que la promesa de vincular que se hizo en la capitulacion matrimonial no tuuo perfeccion irreuocable de vinculo. fol. 9. ex n. 35.

Que la clausula desde aora para entonces no obra retretraccion en perjuicio de los acreedores medio tempore contraidos. fol. 10, ex n. 41.

Que aunque los vinculos se consideren al tiempo de la promesa tienen prelaciō los acreedores, porque siempre se ha de atender al tiempo de la muerte, aunque sea por causa onerosa de matrimonio. fol. 11, n. 55, cū seqq.

Que los vinculos se confirieron al tiempo de la muerte por el pacto fol. 14, n. 71.

Que la mejora no fue irreuocable ni onerosa. fol. 14. n. 72.

Que el vinculo de los 4ᵿ. duc. fue reuocable en el vltimo decendiente, y se reuocó por el. fol. 14. n. 74. cū seqq.

Que los acreedores han sucedido en el derecho de las legitimas, y de las arras, y el multiplicado que tienen primer lugar que los vinculos. fol 16. n. 80.

Que el vinculo de los 4ᵿ. duc. no se ha de pagar en dinero, caso que se deuiera, sino en los mismos bienes que dexo el General. fol. 16, n. 91.

Que no se ha de pagar a don Iuan de Vribe el legado porque fue graduado. fol. 16. n. 93.

ARTICVLO SEGVNDO.

DE la defensa particular de los acreedores, y de los que deuen ser graduados en lugar de los tributos redimidos; y en que forma se ha de hazer la graduacion. fol. 16, n. 94, vsq; ad fin.

1. LA defensa de los acreedores en quanto excluir la pretensiõ de los vinculos, es comũ, y assi se fundarà por todos: y despues se aduertirà en particular la defensa especial, que toca al derecho de cada acreedor: para lo qual se diuidirà este papel en dos articulos, en el vno se tratarà la exclusion de los vinculos: y en el otro del derecho de cada vno en particular.

Articulo primero, que los vinculos no pueden tener grado en este concurso.

2 DOS cosas pretenden los acreedores para excluir los vinculos, la vna es, que en virtud de la transaccion, y concordia hecha en Madrid entre el señor don Gregorio, y don Iuan de Vribe quedaron extinguidos los vinculos que fundò el General, y su muger, o a lo menos la anterioridad que pudieran tener por la fundacion, y assi an de ser preferidos y graduados en primero lugar todos los acreedores deste concurso.

3 La segunda, que en caso que no huuiesse transaccion, tampoco pudieran tener lugar, ni prelacion los dos viuculos, porque ambos se an de reducir a vno de tercio, y quinto: y en primer lugar se an de sacar las deudas, que contrageron el General, y su muger, y luego las legitimas de cinco hijos que dexaron, y las arras, y el multiplicado, porque de todos ellos vino a ser heredero don Iuan de Vribe. Y luego todos los tributos que redimio y quitò el dicho don Iuan de Vribe, que tambien son bienes libres suyos, y de lo q̃ quedare despues desto, se ha de sacar el tercio y quinto: y todo lo referido se fundarà con claridad.

En quanto a la transaccion.

4 LOS acreedores pretenden, que la transaccion se ha de guardar, y executar, y la graduacion se ha de hazer conforme a ella, porque dio la forma, y acabó el pleito, y duda del articulo, como si fuera sentencia, quia transactio, & res iudicata eundem habent effectum, & à iure æquiparantur, l. non minorem, C, de transactionibus, & sicut obseruanda est res iudicata, ita etiam transacti, & sic impedit litis ingressum, vt latè exornat, & comprobat D. Valençuela Velazquez cons. 175. num. 38. cum seqq. tom. 2.

5 El pleyto se litigò en Madrid entre el dicho señor don Gregorio, y don Iuan de Vribe, porque pretendia el dicho señor don Gregorio, que el vinculo de los 4U. ducados se auia extinguido cõ la muerte del Maese de Campo, que fue el vltimo decendiente del General, y con el testamento que hizo iure militari, en que instituyó por su heredera vniuersal, y en particular de los 4U. ducados de renta a la dicha señora doña Teresa. Y tambien pretendia, que era sucesora en el vinculo de tercio y quinto, y lo vno, y lo otro lo fundaua en las clausulas de la disposicion del dicho General, y de su muger, y hijo.

6 D. Iuan de Vribe pretendia lo contrario, y que era vnico succesor

for de ambos vinculos por las mismas disposiciones, y para amba pretensiones hazia embaraço el concurso de acreedores, que esta ua pendiente en esta Real Audiencia, por el qual ninguno auia tomado possession de los bienes, porque estauan pro indiuiso, y en administracion, y para poner cobro en los bienes, y quitarse de pleytos, se concordaron, y transigieron con facultad Real, en la forma siguiente.

Clausula de la transacion.

7 *QVE de todos los bienes y rentas, derechos, y acciones en qualquier cãtidad y calidad que sean y parecieren auer quedado por muerte de los dichos señores General don Iuan de Vribe, y doña Maria Ozeta su muger, y el dicho Maesse de Campo don Iuan de Vribe, y en qualquiera forma, y por qualquiera causa y razon que les aya tocado y pertenecido, se haga vn cuerpo de bienes, y del siendo necessario precediendo particion y reconocimiẽto para que aya la quenta y claridad possible, se satisfagan y paguen todas las obligaciones, cargas y deudas que ligitimamente parecieren deuerse conforme a derecho, por cedulas, escrituras, testamentos, codicilos y confessiones, probanças, y otra qualesquiera forma bastante y legitima: sin que por esto sea visto reconocer en fauor de los acreedores obligacion ninguna, que no sea precisa, y que legitimamente se pueda auer hecho y causado por los dichos señores General don Iuan de Vribe, su muger, y hijos, o qualquiera de ellos: porque el animo y voluntad de los dichos señores es de que tan solamente se paguen y satisfagan las que justamente se pudieran hazer y causar, y que las demas se defiendan a expensas comunes, reseruando, como reseruan en si contra ellas todo lo que se les pueda oponer en su defensa: sin que por esta escritura se obliguen, ni queden obligados los dichos bienes y hazienda, a lo que no lo estuuieren precisamente, como està dicho.*

Que de todo lo q̃ quedare, pagadas y satisfechas las dichas cargas, y deudas que legitimamente se deuieren pagar, se saquen trezientos ducados de renta cada año fixa y cobradera para el dicho señor don Iuan de Vribe, como bienes libres suyos, para que pueda disponer y hazer dellos a su voluntad. Assi mismo se saque del dicho cuerpo de hazienda para el vinculo que ha de auer el dicho don Iuan de Vribe, y para su mayor autoridad la casa de Vribe el lugar de Samames en las Montañas.

Que todo lo demas que quedare del dicho cuerpo de hazienda se diuida en dos partes iguales en calidad y cantidad, la vna dellas la aya y goze por via y titulo de mayorazgo con llamamientos regulares el dicho don Iuan de Vribe para si, y sus descendientes, y a falta dellos los de la dicha señora doña Teresa y la otra mitad de los dichos bienes para dicha señora Teresa, libre, y no sugeta a vinculo.

8 Esta transacion es toda en fauor de los acreedores, y della se les adquirio vn derecho irreuocable, aunque no vuiessen interuenido en el contrato: porque aunque por derecho comun alteri per alterum adquiri non poterat, ya por la ley 2. tit. 16. lib. 6. Recop. esto está corregido, y como cada vno quiera obligarse, queda obligado, aunque el contrato se haga entre ausentes: latè comprobat Matienço in dicta l. 2. glossa 5. per tot, præcipuè num. 6. Feliciano

Feliciano *de censibus,2.tom cap.4.num.53.* donde resuelue, que si vno vende a otro algo con cargo de tal censo, que se pague a vn tercero, este tal puede executar al comprador en virtud deste contrato, *sine cessione*, porque no la ha menester, conforme a la ley del Reyno, pues se adquiere *alteri per alterum*: optimè Alexand. *cons.114. lib.6. vbi ex pluribus tenet quod promittens alicui soluere omnibus creditoribus obligatur, illis etiam absentibus, & ignorantibus, refert Mieres, 1.p q.68.n.53.* y de tal manera se adquiere derecho al tercero, q̃ no se le pueden quitar los mesmos q̃ se le dierõ, etiam, aunq̃ no lo aya acetado: assi lo resuelue el P. Tomas Sanch. en los cõsejos *lib.1.c.6, dub.1.* donde refiere todos los Autores de vna, y otra opiniõ: latè Mieres *de maioratibus p.1 q,24,n,25.& seqq,* dõde resuelue, *quod ex modo donationi opposito in fauorem tertij adquiritur ius illi tertio sine cessione*. Y en el num.39. dize: *Quod parta sunt ius tertio, quæsitum ex propria stipulatione, vel alterius pro se ipso interposita.* Y de qualquier manera se ajusta la doctrina, porque los acreedores en este caso han acepado la transaccion; y se valen della para que se haga la graduacion, pagandoles primero, como en ella se dize: demas de que auiendole hecho por el señor don Gregorio, y su muger, como heredera y obligada a las deudas, sin ninguna distincion, era preciso que paccionase que se pagassen primero que nada, pues no podia heredar de otra manera; y auiendolo consentido don Iuan de Vribe, se adquirio derecho a los acreedores deste pacto, porque fue en su fauor, y hecho por su misma deudora. Y aunque el deudor no puede hazer pacto que prejudique a su acreedor, *l. debitorum pactionibus, C. de pactis*, biẽ lo puede hazer en su fauor, y mucho mas quando es transaccion, *quæ æquiparatur sententiæ*: y la sentencia que obtiene el deudor aprouecha al acreedor, pero si es contra el, no le prejudica, *vt notatur in l. si superatus, ff de pign l. sæpè ff. de re iudicata.* Y no obsta contra esto dezir, que en la misma transaccion se protestó, que por ella no se auia de pagar obligacion ninguna, que no sea precisa, y tal que legitimamente se pueda auer hecho y causado, porq̃ la intencion y voluntad de los transigentes era que solamente se pagassen y satisficiessen las q̃ justamente se pudierõ hazer, y causar.

9 Porque se responde, que por estas palabras no se alteró, ni quitó el grado y prelacion, que quisieron dar y dieron a todos los acreedores, sino se dixo, que solo se auian de pagar los acreedores justos y ciertos, y defender la hazienda de los que no lo fuessen, y assi se ha de entender, *vt ait tex, in l. si is 94, §. Flauius, ff. de solut.* ibi: *Quia non est verosimile dominum eam speciem soluendis pecunijs seruum præposuisse. quæ soluendi non debuerint*: y este texto es notable para probar, que el mandato general *de soluendo creditoribus*, se entiende siendo la deuda eficaz y cierta, y exigible, *vt tradit Bartolus in dict. § Flauius*: & Paulus de Castro *per hunc textum*, y Iasson *in l. si procurator, num, 1 ff de condit. indebiti*: y es buen texto la ley *cum heredes. ff ad Trebell.* donde auiendose mandado restituir el residuo de la herencia, *deductis legatis*, se entiende de los legados validos, y deuidos, no de los caducos y nulos, vt tradit Surdus *decis 265 num, 5.* Cessar Manente *decis 4 num. 16, l. si prior ff soluto matrim. l rogasti, § si tibi decem ff si certum pet. l hactenus, § fin. ff ad const pec.* y la ley del Reyno, que dà via executiua al instrumento de contrato se entienda del valido y justo.

10 Y el ser los acreedores posteriores, o anteriores importa poco para que la deuda dexe de ser deuida y cierta, pues bien puede ser justa y posterior, y para con el deudor no ay anterioridad, porque tanto debe la antigua, como la moderna, y la hipotecaria como la personal; y como esta trãaccion la hazia la heredera, que era deudora de todas las deudas, y los ma

yorazgos tambien se hizieron herederos, porque fueron a la parte en el residuo de los bienes, no trataron de excluir ninguna deuda, aunque fuesse moderna, sino solo las que no fuessen justas y debidas.

11 Y en esta conformidad se ha de entender esta clausula, no que por ella se quitó, ni alterô la prelacion que auian de tener todos los acreedores; porque fuera destruir todo lo que se auia tratado y dicho expressamente, que se pagassen todos los acreedores primero que nada, y luego de el residuo se hiziesse particion, y se sacasse el vinculo: y no quedaron comprehendidos en esta clausula los vinculos antiguos, como acreedores, porque sobre ellos cayò la transaccion, y el acuerdo de diuidir los bienes de que se auian de pagar, y aplicarlos en otra forma: y los transigientes no trataron de hazerles pago a estos vinculos, sino de extinguirlos, y para esso fue la transaccion, y la facultad Real, y sino, no era necessaria: y assi lo dixeron expressamente.

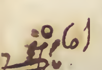
Que si pareciere, que algo de lo que se aplica a la dicha señora doña Teresa, o al dicho don Iuan por bienes libres, fueren vinculados, ambas partes suplican a su Magestad los libre deste grauamen y los haga libres: con lo qual se conuinieron, y consintieron, que los dichos pleytos cessassen y no se passasse adelante en ellos: y de los derechos que les tocaua y pertenecia se desistieron y apartaron, y a sus hijos y sucessores, y para mayor firmeza de la transacion, concordia y concierto, y lo demas que va referido, consintieron se pidiesse confirmacion a su Magestad, &c.

12 Y assi no pueden pedir grado por estos vinculos, porque la señora doña Teresa, y don Iuan de Vriue no son sucessores dellos, y an remitido el derecho que tenian a la sucessiõ, contentandose con lo que se les aplicô por la transacion, y tan lexos estuuieron de comprehender estos vinculos en la paga de los acreedores, que expressamente dixeron lo contrario: porque lo que dio motiuo a la transaciõ, y lo que en ella se quiso preuenir no fue la paga destos vinculos, sino la de los acreedores del concurso, vt patebit ibi.

Por quanto la hazienda estaua pro indiuiso, y en concurso de acreedores, y en estado, que si luego no se acudia a su defensa los acreedores, y gastos del concurso los consumirian de suerte que no avria para el dicho vinculo, ni para el cumplimiento de la voluntad de los testadores Et ibi: *Reconociendo, como reconocen, y confiessan, que todos los dichos bienes estàn en concurso de acreedores en la ciudad de Seuilla, con administracion, que cobra y paga, y estàn pro indiuiso sin que se reconozca, que puede pertenecer a las disposiciones del vinculo y mayorazgo delos dichos señores, &c.*

13 Y es assi, que en el concurso no auian concurrido estos vinculos, ni james se les pagó reditos por los administradores, y a quien se pagaua era a los acreedores de los tributos, y estos eran por quien dixeron, que consumian la hazienda, no por los vinculos, pues nunca pidieron nada: y assi el dezir que se pagasse a los acreedores solo fue y se entendio de los acreedores del concurso, que instauan: y este es el sentido y letura clara de la clausula, y lo demas es violento, y repugnante, y contra derecho. Porque haziendose, como se hazia, la transaccion sobre el derecho de los vinculos antiguos: y tratandose de pagar los acreedores, para hazer vn vinculo del residuo, y partir los bienes, no se pudieron comprehender los vinculos antiguos en el nombre de los acreedores, porque los mismos vinculos transigieron; *& in generali sermone non continetur persona loquentis. l. inquisitio, C. de solut. cap. petitio. de iur. iur. cum similibus.*

14 Demas, de que haziendose la transaccion en orden a extinguir los vinculos



culos antiguos, y fundar otro nueuo, no auian de conseruarse en ella, por que fuera obrar efecto contrario de lo que se hazia, *vt probat text. in l. Titio, cum morietur, ff. de vsufructu*, ibi: *Titio cum morietur inutiliter vsusfructus legari intelligitur in id tempus videtur collatus, quo à persona discedere incipit.* Y de aqui se saca, que vn mismo acto, y vn mismo tiempo no pueden producir efectos contrarios, como es, liberacion, y obligacion, extincion, y duracion, *quod ipsa rei natura pugnat, vt tradit Pater Thomas Sanchez de matrimonio, lib. 2 disput. 105. num. 1.*

15 Compruebase esto con euidencia, porque los vinculos se auian de sacar de los bienes del General, porque el fue el fundador, y en este concurso concurren acreedores del General, y acreedores de doña Maria de Ozeta, y acreedores de los hijos: y para pagar con distincion a todos era preciso hazer separacion de los bienes, y de los acreedores, y darle a cada vno su lugar: y los vinculos antiguos no tenian que ver en los bienes de doña Maria de Ozeta, ni en los del Maesse de Campo, porque no eran sus acreedores. Pues siendo esto assi, lo primero que se paccionó fue, que de los bienes de todos tres se hiziesse vn cuerpo y monton, y que del se pagassen los acreedores de todos tres, no solo los hypotecarios, sino los personales, y esto se quiso dezir, ibi: *Las deudas que ligitimamente parecieren deberse conforme a derecho por cedulas escrituras, testamentos, codicilos, confessiones, probanças, y otra qualquier forma bastante y legitima.* Y no ay cosa que mas excluya la prelacion de los vinculos que esto, pues si de todos los bienes se auia de hazer vn cuerpo, y del se auia de sacar para pagar las deudas reales, y personales del General, y de doña Maria de Ozeta, y del Maesse de Oampo, que no solo eran posteriores, *imò*, no eran acreedores del General, como es possible, que consintiendo los vinculos que se pagassen estas deudas, se aya de entender, que en esta misma clausula quedò viuo el credito y anterioridad de los vinculos? Maximè, que el intento fue desembaraçar la hazienda de todos estos acreedores, para q̃darse con todo el residuo y partirlo entre si, en la forma que lo partieron y tuuieron por mejor empleo renunciar, y remitir los vinculos, a trueque de quedarse cõ el residuo de la hazienda, en que pudieron ganar muchos mas, que importauan los vinculos, y asegurauan cada vno lo que no tenia. Porque Don Iuan de Vribe no tenia mas que vn derecho dudoso a la sucession destos vinculos, y el de los 4U. ducados, es muy prouable, que estaua extinguido, y con esta transaccion asseguró 300 ducados de renta libres, cosa que nũca pretendia, ni podia, y aseguró la sucession de otro vinculo de la mitad del residuo. Y esto lo consiguio solo con entrar en la contribucion de la paga de las deudas, y correr el riesgo en el residuo de los bienes.

16 Y la señora doña Theresa tampoco tenia mas que otro derecho dudoso de la extincion del vinculo de 4U. ducados por lo menos en las dos partes que se auian de aplicar a obras pias. Y de la sucession del otro vinculõ del tercio, y quinto, y de la herencia: y aunque saliesse con estas pretensiones siempre estaua obligada a pagar todas las deudas indistintamente como heredera, y assi hizo buen negocio en remitir estos derechos y hazer participe de todo a don Iuan de Vribe, porque le ayudó a pagar las deudes, y extinguio el credito de los vinculos, con que asseguró la mitad del residuo por su herencia, que quizá no la tuuiera. Y assi no se puede dudar que amhos estàn obligados a pagar los acreedores, sin que puedan oponer

ner del credito de los vinculos, porque el pacto es expresso y claro en fauor de los acreedores, y està remitido el derecho de los vinculos y su antelacion, y se hizieron herederos de los bienes por la transaccion, y los diuidieron entre si con cargo de pagar los acreedores, porque la diuision se auia de hazer de lo que quedasse despues de pagados: y esto importa prelacion de los acreedores, porque esta palabra *quedare*, es lo mismo que residuo, o remanente, y no se verifica hasta que primero se paguē y saquē las deudas, pues de otra manerā no ay herencia, *nisi deducto ære alieno*, ni residuo hasta que se verifique la disposicion precedente, hoc est, que se saq̄ lo que se ha de sacar; porque se vea si ay residuo, *ut expressè dicitur in l. item quod Sabinus, § sed si ex asse. ff. de hæredibus inst. l. 2, & ibi DD. C. de hæred. instit. l. post 95. l. cæterarum ff. de V. S. l. cum optio, ff. de opt. legat. latè exornat Cæsar Manente decis. 4. ex num. 6. cum seqq.* donde explica, como se entienda esta palabra *residuo remanente*, y quando se verifica: *latè D. D. Iuan del Castillo lib. 4. cap. 16. num. 10. vsque 26. In specie D. Ioan. de la Rea allegat. 76. n. 6, cum seq. to. 2.*

18 Y supuesto que los vinculos que tenian el derecho de acreedores, y los que pretendian la sucession dellos consintieron que se hiziesse vn cuerpo de todos los bienes, y deste cuerpo se pagassen todas las deudas, no solo no quedaron los vinculos con derecho de acreedores, sino los mismos vinculos, y los bienes de su fundacion quedaron obligados a la paga, porque ellos mismos confundieron todos los bienes, y lo paccionaron a si: *probat text. in l. Paulus, § fin. ff. de pignor* ibi: *Ipsum quoque, qui cauit obligatus esse pignori.*

19 Y para que quedasse remitido el credito, y el derecho de hipoteca, bastò el paccionar, que se pagassen los acreedores, sin protestar, ni dezir, que los vinculos se auian de pagar, y no auiendose dicho, quedaron remitidos, *vt est text. in l. si debitor, § si in venditione, ff. quibus mod. hypot. soluit. l. 2. C. de remiss. pignor. l. si consensit, l. Titius ff. quibus mod. hypot. soluitur, vbi notatur, quod si duo simul emunt videntur inuicem consentire. & pignus remittere.* Y es singular texto la *l. controuersia ff. de transact.* donde auia litigio sobre la herencia entre vn heredero escrito, y otro que lo pretendia excluir, porque era legitimo: compusieronse, y transigieron el pleito, partiendo entre si los bienes. Y duda el texto quien ha de pagar los acreedores, y dize, que si los mismos, que transigieron eran acreedores, *id obseruandum de ære alieno, quod inter eos conuenisset*: pero que si ay acreedores estraños, paguese cada vno pro parte, *quam vterque in transactione expresserit.* Dos cosas prueba este texto indiuiduales para este pleito, vna, que si los mismos acreedores trāsigieron sobre la herencia, se extinguen sus creditos, sino ay pacto en cōtrario: Otra, que ambos tienen obligacion de pagar a los acreedores estraños: y esto procede aqui con mayor razon, porque se paccionò que se pagassen los acreedores del cuerpo de hazienda; con que quedò extinguido el credito de los vinculos y assegurada la paga de los acreedores: y si esto no se entendiesse como se ha dicho, se daria vn circuito notable, y es, que si sacasse el credito de los vinculos primero, se auian de partir cōforme a la transaccion, y seruirian para aumentar el residuo, y deste residuo engrossado con estos vinculos se auian de sacar los 300. ducados libres para don Iuan, y el vinculo de la mitad, y la otra mitad para la señora doña Theresa por bienes hereditarios: y era preciso que los acreedores tuuiessen derecho a estos bienes como bienes de la herencia, y que ya se hallauan sin calidad de vinculo. Y per consequens, la dicha doña Theresa

ten-

tendria derecho para que don Iuan de Vribe le pagasse, y contribuyesse en la paga de las deudas pro rata, pues conforme al pacto no puede lleuar vinculo, ni los 300. ducados, hasta que se aya pagado todos los acreedores: y si don Iuan se alçasse con este derecho sin pagar nada, seria mas beneficiado por la transaccion que la señora doña Theresa: y esto es contra el pacto expressamente, y de qualquier manera siempre estan obligados a pagar las deudas, quier se saquen primero los vinculos, o no, pues han de venir a parar en el residuo, y assi se ha de euitar este circuito, pues no sirue de nada: y en la verdad los vinculos quedaron extinguidos con la diuision y trãsaccion, como se ha probado, y demas de lo dicho lo prueba el texto en la *l. qui Romæ*, § *duo fratres ff de verb oblig*, donde dos hermanos hizieron particion de los bienes, sin sacar nada para vn fideicommisso, que auia dexado el padre, en que estauan llamados y substituidos reciprocamente; despues pretendia el vno el fideicommisso, y opusosele de la transaccion y diuision, y dize este texto: *Et aduersus eum pronuntiatum est quasi de hoc quoque transactum fuisset*. En la inteligencia deste texto ay dos comunes opiniones, vna que dize, que por la particion de los bienes no se induce renunciacion del fideicommisso, ni se prejudica. Y otra que dize, que quando se parten y diuiden los bienes sujetos al fideicommisso, es visto renunciarlo y extinguirlo. Y los de vna y otra opinion, refiere Tusco en la conclusion 543 *litt. D. num. 1. & 2.*

20 La concordia destas opiniones es, que la simple diuision no basta para inducir renunciacion, ni prejudicar al fideicommisso, maximè si el fideicommisso es condicional, o se ignoraua entonces: pero si era puro, *vel purificatum tempore diuisionis*, y lo sabian los transigentes, y hizieron la transaccion con noticia de la disposicion y fundacion, tunc es visto remitir, y extinguir el fideicommisso, *sic tenet Peregrinus de fideicommisso, art. 52 nu. 18. & 19. latè Tuscus vbi proximè num 2. Angelo cons. 287. num 3. in fin.* donde concuerda las opiniones *in specie Alexand. cons. 100. num, 11. vol. 7.* ibi: *Tertio principaliter fundamento moueor, quia mortuo statim purificata fuit conditio dictæ substitutionis fideicommissariæ, quam prætendunt hæredes dicti Francisci: tamen hoc non obstante, facta fuit diuisio bonorum subiectorum fideicommissi iam purificatum, vnde per dictam diuisionem fuit renuntiatum in dictis rebus diuisis dicto iure fideicommissi purificati, ex eo quod Franciscus habebat, seu habere præsumebatur scientiam dicti testamenti. Hoc probatur per l. Titius, ff quibus mod. pign. vel hypot. soluit. & per notata per Barthol. in dict. § duo fratres, in 4. oppositione: & ibi Paulus circa medium, vbi dicit, quod quando duo habentes scientiam testamenti, diuidunt fundum comprehensum in fideicommisso purificato licet illa diuisio fuerit simplex videtur renuntiatum fideicommisso, quia non compatiuntur adinuicem fideicõmissum, seu prælegatum, quia ex fideicommisso debetur vni totum seu aliter, quam per diuisionem assignetur.* Lo mismo resuelue por ocho fundamentos Menochio *cons. 87: ex num. 15. vsque ad 36*. Y entre otras cosas pondera en el *num.* 26. que el auer hecho diuision de los bienes por iguales partes induce renunciacion del fideicommisso. Y en el *num.* 36. dize, que quando en la diuision se reserua y saca algun fideicommisso, es visto remitir los otros: que es lo mismo que aqui passò. Y assi esta doctrina es indiuidual, porq̃, aqui se hizo particion y diuision de los bienes de todos los testadores, y se mudó y alteró la forma de los vinculos antiguos, porque el vno era de 4U. ducados de renta consignados en lo mejor de los bienes que tenia el General, y lo fundó para aumentar la casa de Ozeta: y en la transaccion

no se le dio nada a la casa de Ozeta, sino el lugar de Samames a la casa de Vribe, caso de que el General no se acordò: y tampoco se sacó nada para el otro del tercio y quinto de marido, y muger; y por la transaccion no se hizo mas que vn vinculo de la mitad de los bienes que quedaron despues de pagadas las deudas de los fundadores, y se partieron los bienes con igualdad, lleuando don Iuan de Vribe los 300. ducados de renta libres en recompensa de que la señora doña Theresa lleuaua la mitad del residuo libre.

21 Y el auer fundado en la transaccion otro nueuo vinculo del residuo con diferentes llamamientos en todo tan contrario a los vinculos que fundò el General, y partido los bienes, induce reuocacion dellos, porque el vinculo que se fundò en la transaccion, y los bienes libres que se sacaron para los transigentes, es incompatible con los vinculos antiguos; y los transigentes no tuuieron intencion de que huuiesse tres vinculos, sino solo vno de la mitad del residuo, y se partiessen los demas bienes entre ellos; y este fue acto y disposicion contraria a los vinculos antiguos, y eo ipso, quedaron reuocados: porque dos contrarios no se compadecẽ: y la vltima disposicion contraria destruye y reuoca la primera, *l. hac verba, la 3 ff. de V.S. comprobat Peralta in l si quis, in principio ff de legat.* 3. *vers. secunda ratio: Dom Valenzuela cons.* 169. *num* 88 *tom.* 2. *vbi plures allegat, & cons.* 180. *num* 48. *& facit, quia inclusio vnius exclusio alterius*: latè Surdus *decis.* 51. *num.* 8, *vbi ait, quòd quando concurrunt duo actus incompatibiles vnus expellit alalterum, & vltima acquisitio derogat primæ, l. si quis ante, ff de acquir. possess. & regula quód actus duo incompatibiles inuicem se destruant, est in tantum vera, quòd & si non sint in totum incompatibiles, tamen quatenus non se compatiuntur, intelligitur per secundum recessum à primo, & ideo duo titula in eadem persona concurrere non possunt, & primum extinctum non reuiuiscit, quia renuntiantibus iura non datur regressus, l, quæritur, § si venditor, ff. de ædilitio ædicto.*

22 Y para extinguir los vinculos antiguos fue necessaria la transaccion, y la facultad Real, porque si ellos se quedassen en su fuerça y vigor como de antes, no tenia que hazer la transaccion, y la autoridad Real, que es la que puede extinguir el vinculo, y prejudicar a los sucessores: y este efecto es proprio de la transaccion, que extingue el vinculo antiguo y haze que los bienes sean libres, y se diuidan, o el vinculo passe a otras familias, dummodo interuenga la autoridad Real: assi lo dize el señor Luys de Molina *cap.* 9. *lib.* 4. *in principio & num.* 20. Peregrino *de fideicommi. art.* 52 *n.* 75.

23 Y siempre que llega el vinculo, o mayorazgo a estado de que el posseedor lo pueda alterar, o por ser el vltimo de la familia, o porque se haga trãsaccion con facultad, o por otra causa legitima, si la alteracion dà nueua forma, o se le quita, o añade alguna cosa sustancial, se conuierte de manera que dexa de ser el vinculo antiguo, y nace otro de nueuo, y por tal se juzga como sino huuiera sido el antiguo en el mundo: *ita D. Molina lib.* 1. *cap.* 8. *num.* 25, singulariter Peralta *in l.* 3. §. *qui fideicommiss. ff de hæred. inst. num.* 24. *&* 25. y dize, que esto procede *quando mutatur forma substantifica maioratus per appositionem nouarum conditionum vel modorum grauaminum vinculorum, aut substitutionum cum conseruant substant iam cuiusdam nouæ dispositionis per modum amplificationis, & augmenti primæ, & principalis dispositionis maioratus in esse deductæ.* Y en el numero 55. en el verso *& sic deducendo*, dize, q̃ *confirmabitur maioratus per modum renouationis, ita quod deinceps erit nouus maioratus, seu noua dispositio istius vltimi possessoris disponentis*, *per l. ius ciuile*, *de*

inst

inst.& iur.in illis verbis: Itaque cum aliquid addimus, vel detrahimus iuri communi, vel gentium; ius proprium, vel ciuile efficimus: ex quo textu notat ibi Bald. quod vbi est additum aliquid veteri statuto non possumus sequi tale vetus statutum, sed nouum, ad idem confert l.penultim.C.de aquæductu, lib. 11. vbi Bartol notat, quod quando aliquid additur, vel detrahitur alicui rei illud sic additum, vel id, quod per detractionem manet diminutum sit species de per se, quod subintelligit quando additur, vel detrahitur aliquid de his, quæ habent substantiare rem ipsam. Latamente lo comprueba Ozasco *decis pedemont, 23. ex num, 22. cum seqq.* donde resuelue, que siempre que al feudo antiguo se le da nueua forma, y se inoua, y altera *ex voluntate eius qui habet ius ex veteri scriptura*, es nueuo feudo *maximè quando sit sub nouis pactis, quia tacite videtur antiquum fœudum refutatum, & deinde de nouo inuestitum,*

24 Y esta doctrina es indiuidual, porque el señor don Gregorio, y dõ Iuã Vribe pudieron alterar, y extinguir los vinculos mediante la facultad Real, como successores, y litigantes dellos, y fundar otro nueuo con diferentes llamamientos, y bienes, y en otra forma, como lo hizieron; y assi no ay que hazer caso de los primeros vinculos, sino solo de el q̃ se fundó en la transaccion de los bienes que quedaren despues de pagados todos los acreedores indistintamente: y de aqui nace, que los primeros vinculos no pueden resucitar para pedir grado en este pleito, porque seria dar grado simulado y fingido en el nombre y la apariencia a los vinculos antiguos; siendo en la verdad y sustancia para el vinculo de la transaccion, y en qualquiera acontecimiento se ha de estar a la verdad, que preualece a la ficcion, vt considerat ipse Peralta *in dicto §. qui fideicommissum, num. 18 & sequenti.*

25 Demas de que estando extinguidos y acabados con la transaccion no pueden obrar efecto alguno, ni a ellos puede auer recurso, *l. actione, C. de transactionibus:* donde nota Baldo *quod non datur regressus ad actionem per trãsactionem, & acceptilationem extinctam.* Y Saliceto dize: *Quod transactio sic actionem extinguit, quod ad eam amplius regressus haberi non potest.* Y es bueno texto la *l. cum mota, C. eodem*, donde auiendose intentado la querella contra vn testamento, transigieron el querellante, y el heredero, y partieron los bienes entre si, y despues querian boluer al derecho antiguo: y dize el texto: *Instaurari quidem semel omissam querellam per vos, qui matris hæredes extitistis iuris ratio non sinit:* lo mismo prueba la *l. causas* del mismo titulo: y es muy a proposito *l. de fideicommisso, eod. tit.* donde entre dos se litigaua sobre vn fideiconmisso, porque cada vno pretendia, que era llamado, y lo transigieron y alteraron las instituciones y llamamientos, y despues querian boluer a que se guardase la disposicion del fundador: y dize el texto; *Et non potest eo casu rescindi tanquam circumventus sis cum pacto tali consenseris:* lo mismo prueba la *l. si profundo, C. eodem, ad quod conduxit textus in l. eleganter ff. de pignorat. act.* donde el acreedor que recibio insolutum vn predio, si despues le sale incierto, no puede cobrar su deuda, por la primera acciõ sino por la nueua del cõtrato vltimo: *l. qui res 98. § aream, ff de solut.* ibi: *In perpetuũ enim sublata obligatio restitui nõ potest, & si seruus effectus alius videtur esse & cõprobat ex pluribus D. Francisco Merlino controuers, 27. n. 2, tradit Mastrillus decis. 287. tom. 2 num. 27.* donde dize, que por la transaccion se extinguen todas las acciones: y Mieres *4. p q. 22, num. 82.* dize, que la transaccion da titulo: y Benintendis en la *decisi. 81. num. 20.* dize, que la transaccion *tollit primum antiquum debitorẽ, l. si & ita, § 1 ff. de transact. & per eam censetur facta*

nouatio prioris obligationis: eleganter Fachineus *lib. 1. controuers. cap. 10.* donde dize, que qualquiera transaccion induce y prueba renunciacion del derecho que se transige; maximè quando se parte y diuide la herencia entre los transigentes: y desta manera explica la *l. cum mota, C. de transactionibus*, y la concuerda con la *l. si constituta, ff de inofficioso testamento*: latissimè D. Valençuela *cons. 175. num. 50. cum seqq. tom. 2.*

26 Y no obsta dezir, que la transaccion se hizo con animo de que no se extinguiessen los vinculos, sino que se conseruase la memoria del General, y su muger, y por esso se fundò el vinculo del remaniente, y se le adjudicó a la casa de Vribe el lugar de Samames. Porque se responde, que los acreedores no dizen, que se extingue la memoria con la transaccion, sino que con ella se extinguieron los vinculos antiguos, y se fundò otro de nueuo para conseruar la memoria, y esto les basta a los acreedores paraq̃ no se pueda pretẽder la anterioridad de los vinculos antiguos, ni se puedan subrogar en esta nueua disposicion con la misma antelacion, porque resisten las palabras de la transaccion; pues expressamente se dize, que se paguen las deudas primero, y del remaniente de los bienes se funde el vinculo: y esto no se pudiera executar si primero se vuiessen de sacar los vinculos antiguos, ni hazerse la particion que se hizo de los bienes; y es incompatible con la sucession indiuidua de los vinculos: como dixo Alexando vbi supra; y solo el ser incompatibles las disposiciones basta que se induzga nouacion, y extincion de los vinculos, aunque no se dixesse expressamente: *vt ait glossa in l. fin. C. de nouati. & est text. in l. pacta nouissima, C. de pactis, vbi Decius per ipsum textum, ait, quod dict. l. fin. non procedit in contractibus incompatibilibus, quia ipso facto per secundum primum derogatur: tradit Ioannes Gutierrez de iuramento confirmator. 1. p. cap. 63. num. 9. vers. non omitto*; y es buen texto la *l. 15. tit. 14. p. 5.* en cuyos terminos no se dudò que el deudor estaua obligado; pero no por la primera obligacion, sino por la segunda, que es incompatible con la primera, pues no puede estar obligado por ambas, que fue lo mismo que aqui sucedio; los vinculos antiguos tenian la antelacion de su fundacion, y tenian derecho para competir con los acreedores, y por la transaccion se reduxeron al vinculo del residuo y a la agregacion del lugar a la casa de Vribe, y en todo se mudó la forma y los bienes se partieron como libres: con lo qual se nouó la primera obligacion; y solo se puede pedir por la segunda, y en ella no se cõserua la calidad de la antelacion, ni se puede conseruar, aunque sea subrogacion: porque aunque regularmente, *subrogatum sapit naturam subrogati cum eisdem qualitatibus*: esto no procede quando se noua y altera la primera obligacion por la transacion: casi *in terminis*, lo dixo Angelo *cons. 31. num. 6. in fin* ibi: *Non obstat si dicatur quid licet obligatio descendat ex compromisso: & laudo tamen originem trahit ab obligatione hæreditaria codicilari, cuius occasione si cõueniretur Besse vti posset inuentario Ergo eodem modo si conueniatur ex hoc, cum in locum ipsius succedat: quia hæc obligatio, qua dominus Philippus astrictus est per compromissum, & laudum dictæ dominæ, & suis filijs nouauit exceptionis ope obligationem hæreditariam ex codicilis inductam. Ergo reo competentia non intelligũtur repetita, l. aliam. ff. de nouat. vbi notant omnes: non ergo habet locum regula supradicta, quod actio supradicta sapiat naturam prima, quia non procedit quando subrogatur per modum nouationis, nec etiam semper regula est vera, quæ plurima patitur exceptionis.* Y esto se comprueba, porque eo ipso que se haze transaccion se noua la primera accion, porque *transactio deriuatur à præpositione*

trans, & nomine actio, quasi transitus ab actione: vt tradit Gutierrez de iuram. confirmat, 3. p. cap. 2. nu. 2. Y no fuera salir, ni passar de vna accion a otra, si quedara viua la primera: y assi supuesto que por la transaccion se extinguieron los vinculos antiguos, y ya no son *in rerum natura*, no pueden ser anteriores, ni hazer papel en este concurso, *quia nullius entis nullæ sunt qualitates*: y con este fundamento no era necessario passar a los demas, porque basta para que los acreedores sean preferidos: y se reuoque la sentencia del Ordinario, que graduó a la señora doña Teresa, y a don Iuan de Vribe en el vinculo de los 4ꝟ. ducados de renta por mitad. Y en quanto a esto es intolerable el agrauio, lo vno, porque no ay tal vinculo ya, como se ha dicho, lo otro, porque aunque lo huuiera, no es possible que este vinculo se diuida entre dos, pues cõforme a su mesma naturaleza, y a la fundacion es indiuiduo; y si el juez atendio a la transaccion, la deuio guardar en todo, haziendo la graduacion conforme a ella, hoc est, pagando primero a todos los acreedores, y hazer la diuision en el residuo de los bienes; pues esto fue lo que conuinieron las partes, y lo que aprobò su Magestad.

Que en caso que no huuiesse la transaccion, los vinculos no tienen prelacion, y se han de reducir a vno de tercio y quinto.

27 PAra excluir estos vinculos no necessitan los acreedores de la transaccion, porque aunque no la huuiera no tienen los vinculos derecho de acreedores, ni prelacion, porque aunque regularmente los pactos matrimoniales suelen ser irreuocables, porque son coherentes de el matrimonio, y se celebran por contemplacion del, esto se limita y no procede quando son contra derecho, *vt expressè dicit textus in authentica, sed quamuis, C. de rei vxor. act* §. *illud*, ibi: *Illud generaliter præsenti addere sanctioni necessarium esse duximus, vt si qua pacta intercesserint, vel pro restitutione dotis, vel pro tempore, vel pro vsuris, vel pro alia quacumque causa, quæ nec contra leges, nec contra constitutiones sunt, ea obseruentur.* Y aqui Baldo, y Saliceto notan, que los pactos dotales, *quæ non sunt contra leges, sunt seruanda, l. pactum, quod dotali, l. hæreditas, C. de pactis conuent.* Tiraquelus *in tractatu de primog. q. 6. num. 26.* Molino *de ritu nup. lib. 3. q. 2. num 27.* Fontanela *de pactis, claus. 5. glossa. 8. parte. 12. numer. 54. & clausula. 4. glossa. 9. numer. 12. 13. 18.* donde resuelue, que no es tan grande el fauor del matrimonio, *vt possit in capitulis matrimonialibus donationem aliàs reprobatam validari*: y esto procede sin duda quando la donacion hecha en el pacto matrimonial es en fauor de los hijos futuros; porque como este contrato ha de tener su efecto, teniendolos, y no antes, es lo mismo que si se contratara entonces; y assi no puede el que se casa disponer en los pactos matrimoniales en fauor de sus hijos futuros, sino como si los tuuiera, y por esso estos pactos son reuocables *ex sui natura*, porque *sapiunt naturam vltimi iuditij, vt ait Fontanela dicta claus. 4. gloss. 6. p. 1. n. 3.* Molino *quæst. 6. nu. 4. cum seqq. lib. 3. & nu. 84.* donde dize, que estas donaciones se reuocan luego que nacen los hijos, porque se ha de guardar igualdad entre ellos, y pone la forma como se han de partir los bienes entre los hijos mejorados, y no mejorados: y assi por mas irreuocable que se haga la donacion, nunca se suple el defecto de la potestad, si bien quoad voluntatem, tiene toda la perfeccion possible, pero siempre queda reseruado el poderse reuocar si es contra ley: dixolo ex-

pressamente la ley 17. de Toro, pues auiendo dado forma a la irreuocabilidad de semejantes donaciones, dize, que toda via queda reuocable, *quando ay alguna causa, por la qual segun las leyes de nuestros Reynos, las donaciones perfectas, y con derecho hechas se pueden reuocar*: lo mismo dispone la *l. 1. tit. 5. lib. 6. recopilat. l. fin. C. de reuocand. donat. l. 4. cum seqq. tit. 2. p. 6.* Morquecho *de diuis. bonor. lib. 3. cap. 6. num* 94. D. Molina *lib. 4. cap. 20. num.* 80. alter Molina *disp. 587. tom. 3. nu. 3. qui omnes tenent*, que aunque la donacion y mayorazgo se haga en capitulos matrimoniales, y por contrato oneroso de matrimonio, toda via es reuocable, si ay alguna causa tal, que conforme a derecho no se puede sustentar como si despues nacen hijos, porque se ha de reducir solo aquella cantidad que las leyes permiten, que pueda el padre disponer entre sus hijos, y en terminos lo resuelue Micres *de maioribus p. 1. q. 21. ex num.* 49. *cum seqq. vsque ad num.* 68. y en el *num.* 70. concluye his verbis: *Nec his obstant ll. 17. & 44. Tauri, quæ prohibent reuocationem maioratus, aut meliorationis, vbi isthæc sunt in fauorem tertij, quia dictas ll. nouiter ego intelligo procedere in dispositione hominis, & vbi ille, qui maioratum fecit sua propria authoritate reuocare vult, non etiam procedunt in reuocatione, aut moderatione, & limitatione facta à lege, prout in nostro casu lex ipsa, & non homo limitat, aut moderatur: ex quibus tandem fit, quod tam vbi pater filio traddidit possessionem rerum maioratus, quàm vbicumque maioratus factus fuit cum tertio reuocatur quoad legitimam filiorum, postea natorum erit igitur in istis casibus licitum patri in vita reuocare maioratum, & eo mortuo filij reuocare possunt quoad eorundem legitimam partem.* Lo mismo dize el señor Molina *lib. 4. cap. 2. num.* 80. & 81. vbi Lima alios refert D. Ioannes del Castillo, *cap. 35. tom. 4. num.* 59. y este mismo derecho tienen los acreedores de los hijos, como fundaremos infra num. latè D. Ioannes del Castillo *cap. 67. vol. 5. num.* 51. donde dize que los capitulos matrimoniales se entienden *rebus sustantibus, & in eodem statu manentibus, sicut qualibet dispositio.*

28 Esta resolucion procede sin duda en los terminos deste pleito, porque el General Iuan de Vribe en las capitulaciones matrimoniales fundó dos vinculos en fauor de sus hijos futuros, vno de 4ʊ ducados de renta, y otro del tercio y quinto de sus bienes, siendo assi q̃ no pudo disponer entre sus hijos mas q̃ del tercio y quinto de sus bienes, como expressamente lo dispone la *l. 3. 6. 10. y 12 tit. 6. lib. 5. recop. l.* 18. 26. 22. *Tau.* y esto procede aũq̃ la donaciõ se haga en vida, o en muerte, o por cõtrato oneroso de matrimonio, o se diga, o no, por y siempre se entiende que es mejora de tercio y quinto, aunque el padre no lo diga, *vt ait dicta l. 10. tit. 5. lib. 6 recopil.* y assi aunque la donacion sea inmensa, y excesiua siempre se reduce al tercio y quinto, que es de lo que el padre pudo disponer, *vt ait Matienço in d. l. 3. gloss. 3. per totam lib. 5. tit. 6. recopil.* y lo mismo es quando haze dos donaciones, o mejoras, o haze alguna donacion de cosa cierta, y despues la haze del tercio y quinto, que entõces es sin duda, que no valen ambas sino es en lo que cupieren del tercio y quinto, *vt bene tradit Mattienço in dicta l. 10. gloss. 3. ex num* 1. y el señor Luys de Molina en el *lib. 2. cap. 10. num. 75.* disputa, si por la segunda donacion del tercio y quinto se anula la primera, o la segũda: y resuelue, que supuesto que el padre no puede mejorar mas que en el tercio y quinto, que es la facultad que le da la ley, auiendo hecho la primer mejora, espirò la facultad, y no pudo hazer segunda, sino es en el residuo del tercio y quinto: pero Lima en la addicion resuelve lo contrario, porque estas donaciones son reuocables, y eo ipso que se haze la segunda, se reuoca la primera, sino es que fue irreuocable, *vel in re*

certa

certa, & tradita *vt ait Matienço dicta glossa 3. num. 2, l. 10. tit. 5, lib. 6. recopil.* y Morquecho *de diuis. bon. lib. 3. cap. 4. num. 5. & 6.* resuelue, que si el padre mejoró a vn hijo en el testamento, y a otro en el codicilo, o en el mismo testamento, que no es visto reuocar la primera mejora, sino que ambos concurran intra metas tertij, & quinti.

29 Desto resulta, que en los terminos deste pleito la donacion de los 4U. ducados de renta se reduxo al tercio y quinto, y si con ella se embebiere todo su valor, no valdra la segunda donacion del tercio y quinto, porq̃ no puede auer dos tercios y quintos, y si montare mas el 3. y 5. q̃ los 4U. ducados de renta, valdra en lo q̃ fuere el residuo cũplimiento al tercio y quinto: con lo qual no puede auer dos vinculos acreedores, sino solo vno de tercio y quinto, en que se incluyen los 4U. ducados de renta: y con este supuesto passaremos a la prelacion.

Que las deudas son anteriores a los vinculos, conforme a su fundacion, que fue al tiempo de la muerte.

30 EL primer fundamento desta proposicion es, que los vinculos tienen antelacion desde el dia que se fundaron, que fue al tiẽpo de la muerte del General en su testamento, y no se ha de atender al dia de la capitulacion matrimonial, porque en ella no los fundò, sino se obligó de fundarlos, vt patet en la clausula de los 4U. ducados de renta, ibi: *Se obliga de acrecentar en la casa de Ozeta 4U ducados de renta.* Et ibi: *De los 4U ducados de renta que por este capitulo ha de acrecentar.* Y lo mismo dixo en la clausula del vinculo de tercio y quinto, ibi: *Se obligan de fundar mayorazgo de tercio y quinto de todos sus bienes en fauor del hijo mayor, que Dios le diere.* De manera, que esta fue una disposicion de futuro, y condicional en fauor del hijo, naciere, y entonces era quando se auia de hazer la fundacion y mejora, y que para entonces se confirio, y en conformidad desto la hizo el General al tiempo de su muerte, quando ya auia contraido los acreedores: y assi tienen por si la regla de la ley *qui prior, de regul. iur.*

31 A que no obstarà dezir, que la promesa y obligacion de donar, o mejorar, *est ipsa donatio, vt euitetur circuitus*, porque lo contrario es cierto, *quia donatio differt à promissione de donãdo glossa in § aliæ inst. de donat. & hinc est quod dispositio legis argentum, C. de donatio non hubet locum in promissione de donando, vt ex pluribus comprobat Rolando à Valle, cons. 69. num. 18 cum seqq. tom. 2. sicuti aliud est vendere, aliud promissio de vendendo, glossa in l. Titius, verbo emisit, ff de pignor. act. & in l. in bonæ fidei, ff de eo quod certo loco ipse Roland. n. 12. Thesaur. decis. 233 per totam, vbi num. 5. ait: Aliud esse promissionẽ donandi, aliud donationem sicut promissio renuntiandi, & renuntiatio, ex pluribus Molino de ritu nuptiar lib 3. cap. 81. numer. 13. y 12. Menochio cons. 92. lib 1. num 2. & 3. latè Angulo de meliorat. in l 6. glossa 11.* donde dize, que el pacto de donar no es donacion, *quia aliud est donatio aliud pactum de donando, & l. loquens de vno, non debet extendi ad aliud: latè Auendaño respons. 27. per totum, præcipuè num 4.* donde dize, què el contrato que se haze en virtud y execucion de la obligacion precedẽte es segundo contrato *de per se, & qualitas vnius non extẽditur ad aliũ, latè Thus. concl. 21 lit. P. to. 6. per totã. Latè, & in specie D. D. Ioã. del Castill. to. 5. c. 67 n. 49.* dõde dize, q̃ *promissio de vẽdendo non est venditio, de locãdo nõ est locatio, de ratificãdo nõ est ratificatio, de fideiuvẽdo nõ est fideiusio, de mutuan-*

mutuando, non est mutuum, de cedendo, non est cessio, de faciendo contractus, non est contractus, de renouando non est renouatio, de infæudando non est infæudatio de de dotando, non est dotatio de instituendo hæredem, non est institutio de restituendo, aut introducendo fideicommisso, non est restitutio, nec fideicommissum, de assignando non est assignatio, de subiiciendo non est subiicere: & denique in nostris terminis quod promissio de hareditando non est hæreditamentum, nec promissio donandi est donatio. pulchrè Fontanilla de pactis, tomo 1 clausula 4. glossa 9. parte 4. ex n. 20. cum seqq. Y esto se prueba expressamente por la ley 22. de Toro, q̃ dize: *que el que prometio mejorar por contrato entre viuos por via de casamiento, o por otra causa onerosa, tenga obligacion de cumplirlo, y sino lo hiziere, que passados los dias de su vida se tenga por hecha*: eo ipso que esta ley abliga al cumplimiẽto de la promesa, y suple y tiene por hecha la mejora despues de la muerte: suponese, y prueba que no es todo vno la promesa, y la donacion, pues si lo fuera, ni era necesario obligar al cumplimiento, ni la ley lo tuuiera por hecho, como lo aduirtio Angulo *vbi proximè, num. 5.*

32 Y aunque los Autores del Reyno en ella comunmente sienten, que es todo vno, se fundan solo en que *euitetur circuitus* : y assi si ay perjuizio del tercero, o interes particular en que no se euite el circuito, no se ha de euitar, ni procederà la doctrina: assi lo resuelue Angulo en la misma *l. 6. nu. 5* ibi: *Nam communis opinio non negat, quod ista sint diuersa donatio scilicet & promissio donandi sed asserit quod cum promittens donare teneatur adimplere ratione vitandi circuitus promissio habeatur pro donatione, vnde si ex circuitu aliqua vtilitas, vel necessitas resultaret contrarium esse respondendum cum eo casu cesset ratio inutilitatis.*

33 Y esto se funda en la ley *si vsusfructus mihi, ff de vsufructu, quemadmod. caueatur, vbi notat, quod vbi datur interesse, vt circuitus seruetur, debet seruari, vt in specie resoluit Grammaticus decis, 103. num. 191 Cancerius var. lib. 3. cap. 7. num. 125. vers. in promissione, quem sequitur Thesaur. q forens. lib. 2. q. 6. num. 5. Cagnolus in l. 2. C. de pactis inter emptor. & vendit. num. 200.* donde dize, que *id quod de euitando circuito dicitur non procedit quando adest differentia inter prædictos actus: latè Tiraquelus de retractu conuention. § 2. gloss. 1. & vnica, num 51.* donde concluye, *quod circuitus vitandus est quando est omnino inutilis, secus quando in eo vertitur aliqua vtilitas.*

34 Y esto procede sin duda quando despues de la promesa de mejorar *restat aliquid faciendum*, porque entonces es necessario que se haga la mejora perfectamente despues, y no basta la promesa, ni entonces se puede euitar el circuito, sino es quando *nil restat faciendum* : *ita tenet Matienço in l. 6, tit. 6 gloss. 7. lib. 5. recopil. in fin. Flores de Mena in decis. 14. Gama num 4.* dõde en terminos de la ley 22. de Toro resuelue, que el pacto de mejorar no es mejora, porque restat facienda la misma mejora, ibi: *Vera resolutio est quod quando contractus in substantia nihil aliud continet quàm promissio, iudicatur, promissio ex æquitate in contractibus, vt euitetur inutilis circuitus : quando verò contractus addit supra promissionem, vel in modo, vel in tempore, aut aliis proprietatibus accidentalibus, aut substantialibus valdè differant, promissio non iudicatur, vt contractus licet ex vi promissionis compellatur quis ad faciendum contractum quod est vtile ad promissiones, quæ quotidie fiunt de meliorando, de quibus vide l. 22. Tauri, & ibi Velazq. de Auend. 2. p. n. 4. & l. 6. & ibi Azeued. & Matie. tit. 6. lib. 5 recop, Mieres 1. p. q 66 per totã, &c latè Fonta d. clau. 4. p. 4 gloss. 9. n. 33. DD Ioan. del Casti lib. 2. contro. c, 3. per tot. præcipuè n. 17. & magis in specie, to. 5, c. 67. ex nu. 48 cũ seqq.* donde supone, que vn padre casò vna hija vnica y prometio en capitulacion matrimonial hazerle mayorazgo de toda su hazienda

hazienda con facultad Real, antes de hazerlo murio la hija, viuente patre, y dexó otra hija. Dudòse si este mayorazgo se tuuo por hecho en perjuizio de la nieta, y del yerno, y resuelue: que no: y el principal fundamento fue, porque la promessa no fue lo mismo que el hecho: *quia restabat aliquid faciendum*: y la promesa fue de futuro; y pondera casi todas las circunstancias deste caso, y todo el lugar es a proposito.

35 Esta doctrina se ajusta indiuidualmente a este pleito, porque la promessa que se hizo en la capitulacion matrimonial no tuuo perfeccion irreuocable de mejora, sino solo del pacto de mejorar, en cuya virtud solo se podia obligar al General ad factum, hoc est, a que hiziesse la mejora, y con la execucion deste pacto se extinguia aquella obligacion, y començaua de nueuo la de la misma mejora, y entonces tuuo principio, no quando se prometio, por ser acto diuerso y obligacion diferente, y de diferente calidad y tiempo, y diferente en la sustancia: y asi el circuito no se podia euitar, porque era de sustancia y de grande interes para los acredores por la diferencia de los tiempos.

36 Y tambien porque para la perfeccion y reuocabilidad de la mejora faltó mucho que hazer, porque se hazia en fauor de hijos no nacidos, y que no eran in rerum natura, y asi no solo podia auer duda en la irreuocabilidad, sino en la validacion, porque no tiene poca dificultad, por lo que considera Auendaño, *in l. 44. Tauri, ex num.* 14. *& seqq.* y Molino *de ritu. lib.* 3. *p.* 2. *ex num.* 1. y Fontanela *de pactis. clausf. gloss.* 9 *p.* 4. *per tot.* que hablan en pacto de hæreditando *filijs nacituris.*

37 Y quando se conceda que es valida, adhuc no es irreuocable, porque fue condicional, y con calidad de que el hijo que sucediesse en el vinculo de los 4U. ducados auia de renunciar la legitima, y la sucesion de los demas bienes, y en el otro vinculo de 3. y 5. auia de q̃dar vinculada la legitima del hijo, y este grauamen era personal, y req̃ria aceptacion precisa del mejorado, vt expressè dicit D. Molina *de primogen. lib* 4. *cap.* 2. *num.* 66. donde dize, que etiam aunque aya pacto *de non reuocando*, y juramento, se puede reuocar la mejora *ante acceptationem quia nemo per iuramentum, vel pactum proprium obligatur, nisi consentiat ille, cui fit pactum vel iuramentum, quæ omnia in maioratibus potiori ratione procedunt, in quibus plura grauamina iungi solent vocatis ad eorum successionem, ad quæ implenda ipsi etiam adstringuntur, ex quo maioratus censeri debent donatio ob causam, & contractus, vltro, citroq; obligationi, & respectiui, prout ex illis euidentissimè apparet, in contractibus huiusmodi absolutissimum est absque vtriusque partis consensu nihil perfectum effici posse, & sic non est absolutus contractus nisi cum vtraque pars assenerat sibi placere, idq; comprehenditur ex l.* 17. *Tauri*, ibi: *A la persona en quien lo hiziere, o a quien su poder huuiere, ex quibus legibus constat requiri acceptationem meliorati, vel vocati ad maioratus successionem, vel vocatorum illorum, vt maioratus irreuocabilis efficiatur:* Lo mismo dize el señor don Iuan del Casti. *to.* 5. *contro. c.* 80. *n.* 12. 16 *& cap.* 93. § 8 *num.* 16. *vers. secundo deinde, & cap.* 151. *num.* 13. *& magis in terminis dict. cap.* 67 *vol.* 5. *num.* 51, donde dize, que la promessa de hazer mayorazgo no tiene perfeccion quando ay grauamen de legitima y es necessario el consentimiento del hijo grauado, *vt in num.* 54. y en el *num* 56 dize que la *l.* 22. de Toro procede en donacion meramente gratuita y liberal, no donde ay grauamen de legitima, y asi redundaria en daño de los hijos a quien vino a fauorecer la ley: Morquecho *de. diuisione bonorum lib* 2. *ex num.* 45. y otros muchos que refiere Lima, *in addit. ad Molin. dict. lib.* 4.

 cap.

cap.2.num.58.vsque ad 70. Y aunque el contrato no sea por causa onerosa de matrimonio, y con interuencion de tercero, no por esso tiene priuilegio de ser valido y irreuocable sin aceptacion, pues en estos terminos hablan las leyes de Toro, y la requieren expressamente del mismo mejorado, y mas quando ay grauamen. Y no obsta para esto la aceptacion de la muger, ni de los suegros: porque como este grauamen es personal, lo â de consentir el mismo grauado, alias seria la donacion en su perjuizio, y el consentimiento del grauamẽ perjudicaria al no nacido, y en esto no se defrauda a la muger, porque se contrata con ella con esta calidad del grauamen: y la acetacion del escriuano tampoco basta, porque mediante esta, solo se adquiere vn derecho vtil reuocabiliter: pero para adquirir perfectamente es necesario la aceptacion verdadera del mejorado, *vt tradit P.Thomas Sanchez lib.1.de matrimon.disp.7 numer.3. latè Antonius de Amatis variar. resolu. 30.num. 6. ipse Molina dict lib 4.cap.2.ex num.65.cum seqq.* donde resuelue, que en el interin que el mejorado aceta real y verdaderamẽte la mejorã, es reuocable, *nouissimè, & in terminis tradit D.D. Iuan de la Rea allegatione fiscali 76.tom.2.num.18.* donde resuelue lo mismo, aunque aya clausula de constituto, *quia non ex die constituti, sed ex tempore acquisitionis dominium transfert à constituente.*

38 Y contra esto no obstarà se oponga, que en el pacto de los 4U. ducados se dize, que desde luego señala los bienes y rentas, que de presente tiene; y en el del tercio y quinto se dize, que desde luego quieren que se aya por fundado, y instituido el vinculo irreuocablemente.

39 Porque se responde, que toda via son diferentes contratos, y de diferente sustancia cada vno, porque del primero no nacio mas que accion *ad factum, & in eius defectum ad interesse, l.si sterilis, § si tibi fundum, ff. de act. empt. l. qui fundum ff. de contrahend empt. Gama decis.13 numer.4. Ripold. variar. cap 11.num. 163.* pero en el segundo contrato *aliud continetur, quàm substantia ipsius contractus*: porque era necessaria precisamente la aceptacion de los hijos mejorados, por la renunciacion y grauamen de las legitimas, q̃ fue la condicion del pacto del mejorar, y en el interin quedò reuocable, y se pudieron enageuar y hipotecar los bienes, *vt dictum est*; y la clausula *desde luego se aya por fundado*: y la assignacion no hazen perfecto el contrato, ni efectiua desde luego la obligacion de la mejora, sino del hecho, ni suplen los demas requisitos, que eran necessarios para que se perficionassen: *ita in specie tradit Acasio Ripol. variar. cap.11. num 169.* ibi: *Maiorem autem difficultatem facit* si *promissio de vendendo, sub his verbis concipiatur, ego in præsentia testium promitto vobis, quod intra annum firmabo venditionem fundi Semproniani, prout in præsenti vendo, & venditionem hanc mea manu firmo: sed huic dubio respondeo ex prædicta promissione non dici venditionem perfectam, quia prædicto casu verba illa, intra annum firmabo, denotant aliquid in futurum agendum, & sic non potest dici venditio perfecta, cum perfectum non dicatur, cum remanet aliquid faciendum.* Y concluye; *quod interim dum instrumentum venditionis nõ fit dicta clausula habetur, ac si non fuisset apposita, tradit Ioanes Gutterez de gabellis q.47.num.10 Thesaur. decis pedem.233.num.5.*

40 Y no obsta la aceptacion que hizo D. Iuan de Ozeta, porque fue el año de 32. quando ya estauan contraidos los acreedores por su padre, y por el mismo, y no les pudo prejudicar, ni su aceptacion retrotraer al dia de la promesa en perjuizio dellos, aunque la promesa se hiziesse con la clausula, *nunc pro nunc.*

41 Porque quando se muda el estado de las cosas entre la promesa, y el hecho, entonces la clausula, *desde aora para entonces*, ni las palabras de presente no pueden obrar retrotraccion en perjuizio de los acreedores como aqui, porque quando hizo la mejora el General, que fue al tiempo de su muerte, y a no estaua en el mismo estado que tenia antes, porque en el medio tiempo auia contraido muchos acreedores, en cuyo perjuizio no se pudo retrotraer la hipoteca: y desta manera se limita la regla de la retrotraccion: *ita in terminis tradit Amatus variar. resolut. 26. numer. 6. quem sequitur D. D. Ioan de la Rea, dict. alleg. fiscal. 76. 2. tom. num. 19. vbi ait, quod etiam si constitutum apponatur cum clausula, nunc pro nunc, & è conuerso quia licet cum eueneri casus retrotractio, fiat ad tempus donationis, id procedit quando res ex medio tempore manet in eodem statu, sed si interim ius hypothecæ fisco quæsitum est, vt in hac quæstione cessauit regula retrotractionis.* Lo mismo dize *ex pluribus Petr. Surd. consf. 382. volu. 3 num. 79. & 80.* donde resuelue, que la existencia de la condicion, *siue sit casualis vel mixta, non trahitur retro ad præiuditium eius, cui medio tempore fuit ius quæsitum:* y desta manera se limita la regla de la *l. qui balneum, cum similibus ff. qui potiores.*

42 Y esta retraccion no se haze quando el deudor ha venido a menos, y contraido deudas, medio tempore, porque para que proceda la disposicion destos textos es necessario, *quod extremum à quo sit habile*, como cõsiderò Surdo *vbi proximè*, porque la retrotraccion *fit per viam fictionis, in qua fictione nunquam lex intendit nocere tertio: ita tradit Bartol. in l si is, qui pro emptore, num. 4. ff. de vsucap. Capitius Galeota controuer. 1. lib 1. nu. 101. & nu. 116. vbi ex Barthol. in l. quotienr, in fin. ff. de nouat. dicit ita limitari iura concedentia retrotractionem.*

43 Y por esta razon aunque la compensacion se haze ipso iure, esto procede *inter ipsum debitorem & creditorem reciprocum, secus si sit alius creditor, quia in eius præiuditium non fit compensatio, vt tradit Franquis decis. 53. num* 10. *vbi dicit contra naturam fictionis esse, quod fictio operetur in tertij præiuditium, decis. Genuensis 190. num. 19. Angelus consf. 259. num. 1. Laderchius consf. 164. numer. 6. Rodriguez de redditibus lib. 2. q. 19. num. 2. refert Carrasco cap. 11. numer. 168, in Regni.*

44 Y lo mismo procede en la ratificacion, *quia non retrotrahitur in præiuditium tertij cui medio tempore fuit ius quæsitum, vt tradit Surdus decis. 189 num. 17. & 18. Scacia de commertijs, §, 6. gloss. 1. num. 30. & 31. magistraliter tenet Negusantius 2. membr. 5 p. num. 40 & seq.* donde dize, que para que obre la ficcion de la retrotraccion translacion de tiempo a tiempo, á de auer dos estremos, vno *à quo*, y otro *ad quod*, el extremo *ad quod*, es el tiempo en que se haze la promessa, y este basta que sea abil *in potentia, licet non sit in essentia*, como el que obligò la cosa que no era suya para quando lo fuesse, y aunque entonces no pudo consistir la obligacion en cosa agena, tamen basta, que pudiesse ser propria, *& sufficit habilitas in potentia, licet non in essentia.*

45 Pero en el extremo *à quo*, que es quando se executa, o perficiona la obligacion precedente, es necessario, *quod reperiatur habile in essentia ad obligationem contrahendam, vel ex parte rei, vel ex parte personæ, & non sufficit in potentia; tunc enim si deficit res, vel persona conditio non retrotrahitur ad tempus contractus, quia extremum à quo non est habile in essentia:* y assi se limita la *l. qui balneum, cum similibus.*

46 Y tambien se limita esta regla, quando la obligacion *à principio non fuit perfecta*

perfecta, nec irreuocabilis, sed in potestate debitoris fuit adimplere, vel non, como en el caso de la *l. Titius, ff. qui res pignor. obligar. possint:* donde nota Bartol. *quod quando est in potestate debitoris an perficiat obligatio illud tempus perfectionis inspicitur, non initium.*

47 Y lo mismo es, quando la perfeccion pende tambien de la voluntad del acreedor, *vt ait gloss. in l. balneum, verbo debere, ff. qui potiores,* donde dize, que la *l. Titius,* no solo procede quando la perfeccion del contrato pende de la voluntad y potestad del deudor, *sed quando est in potestati creditoris, non accedere ad contractum, explicat optimè Grinelus, decis.* 133 *num. 6. & 7.*

48 Y todas estas doctrinas se ajustan indiuidualmente a este pleito: lo primero, porque la obligacion de los capitulos matrimoniales no fue de la misma mejora, sino de mejorar, que es diuersa, y esta se extinguio con auer hecho la mejora, y assi la hipoteca, y la anterioridad no se pueden retrotraer, porque quedó extinguida aquella primera accion, y nacio otra de nueuo del contrato principal de la mejora, y desde este dia comiença la accion, y la hypoteca; porque no ay estremo abil, *ad quod nec in essentia, nec in potentia, & nullius entis nullæ sunt qualitates, l. eleganter ff de pignorat. act. l. qui res, §. area, ff solut. vbi notatur quod actio semel extincta non reuiuiscit.*

49 Lo segundo, porque aunque se pudiera retrotraer, no se pudiera en perjuizio de los acreedores contraidos medio tempore, pues falta el estremo abil, *à quo in essentia,* por la diminucion de bienes y hipotecas contraidas, desta manera se limita la regla, y por la misma razon del perjuizio no se puede euitar el circuito, como se ha dicho.

50 Lo tercero, porque *vt cumque sit,* la mejora fue irreuocable ex sui natura, y nunca pudo tener firmeza, ni irreuocabilidad hasta la acceptacion del grauamen, y este es caso indubitable, en que no se da retrotraccion, porque auiendose hecho esta mejora con grauamen, fue contrato vltrò citróque obligatorio, y cada vna de las partes no estaua obligado hasta q̄ cumpliesse la otra, y assi pendia la firmeza de la voluntad y potestad de cada vno, y en estos terminos no puede auer retrotraccion, *in d. l. Titius.*

51 Lo quarto, porque la ley 22. de Toro excluye la retrotraccion, pues dize, que cumpla la promessa el que la hizo, y sino la cumple, y haze la mejora, la misma la heze no al tiempo de la promessa, sino al tiempo de la muerte, como aduirtio Palacios Rubios en la misma ley numer. 21. ibi: *Habetur ac si meliorasset, & in vltimo vitæ spiritu meliorationem fecisset, & promissum censetur impletum in vltimo vitæ spiritu, quod nouum est:* y Tello Fernandez num. 15. dize, que *habetur pro facta donatio post mortem, non in vita: Matienço in l. 6. tit. 6. lib. 5. recop. gloss. 9 num. 1. Gomez Arias in num. 21.* luego si esta mejora se considerase al tiempo de la promesa, no la hiziera la ley al tiēpo de la muerte: y eo ipso se prueba, que no se pueda retrotraer, ni obra la ficcion donde ay disposicion en contrario.

52 Lo quinto, porque quando la obligacion nace del acto verdadero, y perfecto no se retrae al tiempo del acto precedente, aunque el vno se haga en execucion del otro, y sean continuados con vna misma voluntad: pruebalo expressamente la l. y *obseruare, § fin ff de officio pro Consul.* ibi: *Sed & si ante fecerit, & ingressus prouinciam in eadem voluntate fuerit, credendum est videre legatum habere iurisdictionem, non exinde ex quo mandata est, sed ex quo prouinciam proconsul ingressus est:* y aqui la glossa *verbo credendum,* dize, que la ratificacion no se retrotrae, y es buen texto la ley *qui potior, § si colonus, ff. qui potiores,* donde el que hipotecò los bienes que auia de meter en la casa

casa antes de entrarlos los obligò a otro, y despues los entró, en cumplimiento de la primera obligacion; dize el texto, que serà preferido el acreedor que se contrajo: *medio tempore, quia non ex conuentione priori obligatur, sed ex eo, quod inducta res est, quod posterius factum est.*

53 Y esto se ajusta indiuidualmente; porque aqui por la primera obligacion no mejoró, sino prometio mejorar; despues contrajo acreedores, y luego mejoró, y esta mejora no se retrotrae al dia de la promesa, no tāto por el perjuizio de los acreedores intermedios, quanto porque por la primera obligacion no quedó obligado a la mejora, sino a hazerla: y en el segundo acto consistio la sustancia de ella, no en el primero. Pruebase de la doctrina de Mantica, *de tacitis, tom.* 1. *lib.* 11. *tit.* 22. *num.* 16. donde disputa, si vno dio poder para que lo obligassen, y antes de hazer la obligacion contrajo acreedores, y despues hizo la obligaciō, si se avrá de retrotraer: la razon de dudar era, *quia substantia huius obligationis in mandato consistebat, & obligatio fuit contracta ex causa de praeterito*: que es lo mismo que aqui se puede oponer; y sin embargo resuelue lo contrario. Porque se ha de atender al tiempo del contrato, donde interuiene el consentimiento formal, y essencial. Y porque la ratificacion no procede en perjuizio del tercero a quien se le adquirio derecho. Y porq̄ la hipoteca *cōtracta à procuratore nō debet retrotrahi per fictionē ad praeiuditiū creditoris: fictio autē nititur aequitate.*

54 Lo vltimo, en el caso de la ley primera; y la ley *qui balneum*, y la ley *potior ff qui potior*, se celebrò vn solo contrato perfecto irreuocable *sub conditione*: y quando se verificó la condicion no se celebrò segundo contrato, ni fue necesaria nueua interuencion, ni acto de los contrayentes, y assi no se atendio al tiempo de la existencia, sino al tiempo del contrato; porque en quanto a la sustancia y essencia del contrato, y de la accion, q̄ del nacio quedó perfecta y acabada, de tal manera, que a los contrayentes no les quedó mas que hazer, aunque estaua impedimenti, hasta la existencia de la condicion, y con ella obró aquel mismo contrato su efecto, como si vuiera sido puro à principio. Y esta es la verdadera inteligencia de los textos, la qual no se aplica a este caso, porque en el vno dos contratos diuersos: el primero de la obligacion *ad factum meliorandi*, y este se extinguio cō el mismo hecho: el segundo fue de la mejora, que nunca se auia hecho hasta entonces, y assi no se puede retrotraer, porque no fue cō dicion del primero contrato, sino nueuo contrato: y la retrotraccion entre dos contratos no la deciden, ni dudan estos textos, ni la razon dellos, porque hablan solo de vn contrato, y de la retrotraccion, que se induce por la existencia de la condicion de aquel mismo contrato, *siue sit mixta, siue casualis*: y la accion no nace de la condicion, sino del contrato precedēte, y aqui es diferente; porque la accion que nace de la promesa es para q̄ se haga la mejora; y la que nace del contrato de mejora, es para que se pague. Y no bastarà se oponga contra esto vna clausula, en que se dize, q̄ la promesa sea auida por escritura y obligacion; porque prosigue diziendo: *A cuyo cumplimiento todas las partes podamos ser apremiados, &c.* Y assi solo vale por escritura para el cumplimiento hoc est, paraque se pueda apremiar a que se cumpla. Y esto es lo mismo que dize la *l.* 22. de Toro, que le obliguen a que lo cumpla, y si no lo hiziere, la mesma ley da por hecha la mejora al tiempo de la muerte. Luego no basta que diga el pacto, que se tenga por hecha la escritura, porque es para el cumplimiento: y si se podrâ apremiar a que se hiziesse. Bien se sigue, que no quedò hecha en la promessa.

Que aunque la mejora se considere al tiempo de la promesa tienen prelacion los acreedores.

55 DE dos maneras consideran los DD. la mejora irreuocable para esta question, vna quando es irreuocable con las calidades de la ley 17. de Toro simple, y sin causa onerosa de matrimonio: otra quando ay causa onerosa.

56 En el primer caso ay dos opiniones, vna, que dize, que la mejora se ha de preferir a los acreedores posteriores, porque siendo ella irreuocable, de tal manera, que no la puede reuocar directè el que la hizo; no la puede reuocar *indirectè* por la hipoteca de las deudas posteriores. Desta opiniõ fue el señor Luys de Molina *lib. 1. cap. 10. num. 10. y 11.* y otros que refiere alli Lima, Noguerol, *allegat. 20. num. 118.*

57 La otra opinion lleua lo contrario, porque aunque la mejora sea irreuocable, *quoad meliorantem, taliter*, que el por su voluntad expressa no la puede reuocar, con todo si los bienes se diminuyen sin fraude, la ley la reuoca, porque dispone, q̃ se atienda al estado, y valor q̃ los bienes tuuieren al tiempo de la muerte, y entonces se han de sacar las legitimas, *deducto ære alieno*, y el tercio es legitima, y no ha de ser de mejor calidad el mejorado para que saque præcipuê la mejora, sin contribuir en las deudas como los demas hijos, *vt expresse disponitur in l. 23. Tauri*, que es la *l. 7. lib. 5. tit. 6. recopil.* y en la *l. 19. Tauri*, q̃ es *l. 3 dict. tit. 6. lib. 5.* y en la *l. 21.* de Toro, q̃ es 5 *dict. tit. 6. recop.* Desta opinion fue el señor Molina *lib. 4. cap. 2. num. 82.* donde se enmienda y declara lo que auia dicho en el *lib. 1. cap. 10, num. 10. y 11.* y otros muchos, que refiere y sigue el señor don Iuan del Castillo *lib. 4. cap. 35 per totum, præcipuè num. 58. cum seqq.* donde habla en terminos de mejora irreuocable, y asignada: Lima ad Molin. *dict. num. 81. & 82.* y esta es mas verdadera opinion, y de mejores fundamentos, y en conformidad de ella se determinò en esta Real Audiencia en el caso que refiere el señor don Iuan del Castillo.

58 Y esto procede tambien aun en caso que aya auido asignacion de bienes, porque la sustancia de la mejora no consiste en los bienes asignados, sino en la quota y cantidad, y la asignacion solo es *demonstrationis gratia*, para la seguridad de la paga: y assi los bienes asignados se pueden enagenar sin perjuizio de la mejora, *vt tenet* Tello Fernandez *in l. 17. Tauri, num. 127. quia non datur res assignata de per se, sed fit solutio in ea quota donata, secũdũ valorem quæ tempore mortis reperientur, iuxta l. 19. y 23. Tauri.* y dize, que assi lo alegò, y obtuuo in causa ardua, *& quod est verum sine replica.*

59 Lo mismo dize Matienço *in l. 10. tit. 6 lib. 5, recop gloss 3. num. 6.* Angulo *in l. 3 gloss. 2. nu. 1 & sequenti*, y en la *l. 7. gloss. 4. num. 2.* lo estiende aunque se aya entregado la cosa asignada: *Nam licet ea alienari non possit, ex quo per traditionem transibit in dominium, & possessionem filij: tamen si habito respectu ad bona, quæ pater reliquit tempore mortis tertium & quintum, non capit talem rem assignatam defalcatio fiet, habito respectu ad illud tempus, &c. Latissimè comprobat ipse D, D.* Ioan. del Castillo *dict cap. 35. nu. 69. lib. 4.* y en el *n. 67.* dize, que esto procede mejor, *si traditio fiat per constitutum, vel traditionem instrumenti, quia si adhuc remanent bona apud meliorantem, ea possunt alienari, quia multum interst, an in assignatione consistat substantia meliorationis, vt quando rei assignatæ traditio fuit, an in ea non consistat substantia, licet melioratio altàs irreuocabilis fit ex constituto, & traditione instrumenti.* Y para esto es notable texto la *l. Lutius*

tius Titius ff. de donat. donde auiendose hecho vna donacion irreuccable de vn fundo *ante traditionem*, lo hipotecó el donante: y duda el texto: *Quæro an donatio perfecta sit?* Responde: *Secundum ea quæ proponerentur perfectam esse verum creditorem firmam pigneris obligationem habere.* Y por este texto en terminos de mayorazgo hecho por causa onerosa de matrimonio, resuelue en fauor de los acreedores: Phebo *decis.* 84. *num* 8. Mastrillo *decis.* 211. *num.* 29. *y* 27. *& ex pluribus* Antonius de Amato *variar. resol.* 26. *num.* 2. *quem refert in terminis D.D.* Ioan. de la Rea *allegatione* 76. *tom.* 2. *num.* 17. Burgos de Paz *cons.* 14. *num.* 23. *vbi etiam loquitur in specie.*

60 En el segundo caso, quando la mejora es irreuocable por causa onerosa de matrimonio, procede lo mismo por el mismo fundamento, hoc est, porque tambien esta donacion se ha de atender al tiempo de la muerte como las demas, y se comprehende en la disposicion de las leyes del Reyno, que dizen, que se atienda al tiempo de la muerte, por ser generales, y porque milita la misma razõ en ellas que en las demas donaciones: assi lo dixo Palacios Rubios en la ley 19. de Toro, *num.* 14. donde dize, que la disposicion destas leyes comprehende al donante, y al donatario: *Quantũ ad damnum, vel incommodum, quod ex augmento, vel diminutione resultare potest in futurum mortis tempore, imó etiam quoad tertium qui ex huiusmodi donatione, vel concessione dotis vxoris potest lædi ex diminutione, vel habere commodum: ex augmento, tum quia hæc lex, & 23. generaliter disponunt, tum quia se possunt habere ad damnum & commodum.* Lo mismo tiene Baraona *in addict. ad Palacios Rubios, in cap per vestras*, §. 23. que comiença, *sed pulcrum*; y assi lo siente Antonio Gomez *in dict. l.* 23. expressé Tello Fernandez ibi *num.* 4. donde disputa, si en la donacion onerosa por causa de matrimonio se podrá renunciar esta ley 23. para que precisamente se atienda al tiempo de la donacion, y no de la muerte: luego claramente siente, que se comprehende en su disposicion la donacion onerosa, pues sino le comprehendiera fuera superflua la disputa. Y Iuan Gutier. en la *quæst.* 60. del libro 2. de las Practicas tambien lo duda, y resuelue, que no se puede renunciar, porque esta ley se hizo por fauorecer a los hijos; pues si se atendiesse al tiempo del contrato, *accidere facilè posset tempore mortis nulla alia bona ex hæreditate parentis meliorantis superesse præter tertium, & quintum; sicq; melioratus omnia bona eiusdem parentis consequeretur: quare ne hoc vllo pacto, vel casu contingat, disposuit nostra lex valorem bonorum in proposito considerandum esse secundum tempus mortis, non verò meliorationis.* Y mas claro lo dixo el mismo Iuan Gutierrez *lib.* 3. *q.* 101. *num* 9. *&* 10. donde auiendo dicho, que al mejorado por causa onerosa no le prejudica la diminucion de los bienes, porque puede elegir el tiempo del contrato, o el de la muerte, *vt disponitur in l.* 29. *Tauri*, dize, que este priuilegio solo lo concedio la ley en fauor de las dotes, y no se estiende a los hijos, etiam aunque la mejora sea onerosa: *ac proinde tempus tantum mortis quoad valorem bonorum meliorantis etiam ex causa onerosa matrimonij inspiciendum esse.* Lo mismo tiene Angulo *de meliorat. in l* 7. *glossa* 4. *num.* 8. donde dize, que la ley. 17. de Toro, que es la ley 1 *tit* 6. *lib.* 5. *recopil.* que disponen, que las donaciones donde vuiere entrego y constituto, y causa onerosa sean irreuocables, no les da mas priuilegio q̃ la irreuocabilidad, y no por esso se ha de atender al valor del tiempo del contrato, sino al de la muerte, y siempre lleuan en si esta condicion tacita, que han de caber en el valor de los bienes al tiempo de la muerte; *Sed conditio* (ait Angulus) *quæ resultat ex relatione ad tempus mortis, de qua in hac lege non videtur tolli*

tolli: y mejor lo dixo en la glossa primera, *num. 25. cuius verba postea referrentur*: lo mismo tiene Mieres *de maiorat. 1. p. q. 49 per totum*. Y en el *num. 3.* explica la ley 23. de Toro, y dize, que no es necesario que en la mejora irreuocable del tercio y quinto se expecificen los bienes; *Quia est quodam ius vniuersale respiciens augmentum, aut diminutionem in bonis*; y assi comprehen de los futuros, y los que se hallaren al tiempo de la muerte. Y en el num. final equipara la donacion irreuocable, *ex traditione scripturæ*, y *ex causa onerosa*: de que habló la ley 17. y 44. de Toro, porque todas son iguales en la irreuocabilidad, y en el tiempo de la muerte; latè Matienço *in l. 7. tit. 6. lib. 5. recopil. gloss. 2. per totum*, donde dize, que la razon porque se ha de atender al tiempo de la muerte, es porque la mejora de tercio y quinto es, *quota bonorum, & non hæreditatis*, y assi se ha de sacar *deducto prius ære alieno*, como la legitima, y el tercio tambien es legitima: *& si aliud tempus consideretur minui possit legitima filiorum*; y assi aunque el padre pague a vn hijo su legitima en vida, y se la entregue, toda via puede pedir suplemēto si crecen los bienes: *tradit* Palacios Rubios *in l. 19. Tauri, num. 9 & 13.* donde reprueba la distincion, *quotæ bonorum, vel hæreditatis*: porque de qualquier manera se ha de atender al estado de los bienes *tempore mortis*. Y por la misma razon ha de estar sugeta la mejora a la diminucion, aunque el contrato sea irreuocable por alguno de los medios de la ley 17. de Toro, *vt ait Matien. vbi proximè, n. 5. & 6.* y en la *gloss. 3. n. 1.* tiene por tan cōprehēsiua esta ley de qualquier contrato, para que se atienda al tiempo de la muerte, q̃ solo lo limita en la dote, que tiene eleccion de tiempos, por la ley 29. de Toro en la qual ay razon especial, *vt infra dicemus*, Azebedo *in l. 7. tit. 6. lib. 5. recop.* Dize lo mismo y siente, que la donacion onerosa está sugeta al tiempo de la muerte, porque milita la disposicion desta ley en la dote, segun dize la ley 29. de Toro, y dize; que se puede renunciar este tiempo, y entonces se estará al del contrato; luego mientras no se hallare renũciado estaremos en la regla.

61 Y vltra omnes, ponderamos para este intento la ley 22. de Toro, que no vino a otra cosa sino a determinar el tiempo en que se ha de considerar la mejora por causa onerosa de matrimonio, en cuyos terminos habla y dize, que si se prometio de hazer, y no se hizo, se tenga por hecha al tiēpo de la muerte, como lo aduirtio Palacios Rubios, y Tello Fernandez citados supra, num. 57. Luego si se considerara el tiempo del contrato, no fuera necesario limitarla al tiempo de la muerte.

62 Y aunque el señor Molina *dict. lib. 4 cap 2. num. 82.* a quien refiere y sigue el señor D. Juan del Castillo *dict. cap. 35.* y Velazquez de Auendaño, *in. l. 21. Tauri*, siguen lo contrario, fundandose en que conforme a la ley 29. de Toro, el mejorado puede elegir el tiempo de la mejora, o el de la muerte. Este mismo argumento se retuerce y prueba mejor lo que se á dicho, porque este priuilegio de los tiempos se concedio solo a las hijas, y en fauor de las dotes, y de los maridos, no a los hijos, y assi lo declara al misma ley, porque auiendo dicho generalmente que traigan a colacion, y particion los dotes, y las otras donaciones, en lo que toca a los hijos, como a las hijas, y sus maridos, en lo qual toca a los dotes; *Y para se dezir la tal dote inofficiosa, se mire a lo que excede de su legitima y tercio, y quinto de mejoria, en caso, que el que la dio podia hazer la dicha donacion, o dio la dicha dote: auiendo consideracion al valor de los bienes del que dio, o prometio la dote al tiempo que la dicha dote fue constituida, ò mandada, o al tiempo de la muerte del*

que

da, o al tiempo de la muerte del que dio la dicha dote, o la prometió do mas quisiere escojer aquel, o quien fue la dicha dote prometida, o mandada. Pero las otras donaciones que se hizieren a los hijos mandamos, que para se dezir inoficiosas, se aya consideracion a lo que los bienes del donador valieren al tiempo de su muerte, &c.

63 Por manera que este priuilegio fue limitado en las hijas, y sus maridos, y no se estiende a los hijos, ni a sus mejoras, aunque sean por causa onerosa. Assi lo aduirtio singularmente Iuan Gutierrez, *in dict. quæst. 101. num. 10. lib. 3. pract.* Angulo *in l. 7. Gloss. 1. tit. 6. lib 5. Recop. n. 25.* ibi, *Molina lib. 4. cap. 2. n. 82. vers. Hæc tamen omnia limitabat etiam decisionem huius textus ut ex eadem ratione dotis procedat in melioratione facta filio ex causa onerosa matrimonij, quam dicit non posse minui etiam si bona meliorantis quocũq; casu fraude etiam cessante decreverint cum melioratus pro conservatione suæ meliorationis possit eligere ut valor tertij & quinti non secundum tempus mortis, sed secundum tempus factæ meliorationis consideretur ex l. 3. tit. 8. infra sed hæc extensio periculosa videtur verius enim est quod etiamsi melioratio esset facta ex causa onerosa matrimonij; decisio huius textus servanda sit ut quantumq; esset tradita secundum bona præsentia sit diminuenda si bona decreverint tempore mortis nam textus in d. l. 3. specialis est in dote nec procedit in alia quævis donatione etiã si esset propter nuptias cum textus de omnibus prius locutus excipiat in hoc solam dotem in reliquis autem præcipiat attendi solum tempus mortis ut textus explicat in fin. neq; est par ratio dotis, & meliorationis ex causa onerosa imo nec donationis propter nuptias, aut alias pro legitima cum in his cesset ius mariti qui possidet dotem titulo oneroso quem lex consideravit.*

64 Lo mismo siente Gomez Arias *in l. 29. Taur. n. 53.* donde dize, que la eleccion de tiempos compete solo a la dote, y que aquella palabra otras donatione se entiende generaliter *de omnibus donationibus, & meliorationibus alijs filijs factis.* Y esto se prueba de la misma ley, pues acabado de disponer en las dotes y mejoras hechas a las hijas que siempre son onerosas en quanto al marido. Prosigue luego diziendo: *Y las otras donaciones, &c.* Y assi se entiende esta palabra *otras* de las mismas ob causam, y onerosas, porque la palabra *otras* es repetitiva similium, como lo advirtió Rodrigo Suarez *in l. quoniam in prioribus q. 5 princip. post limitationes n. 9. vers. Nec omitendum.* donde explica esta l. 29. Azebedo *in l. 10. tit. 6. lib 5. Recop. n. 16.* Matienzo *in l. 10. gloss. 2. n. 1.* Y novissime el señor D. Iuan de la Rea en el segundo tom. de las alegaciones fiscales *allegat. 76. per totam*, es lugar decisivo, y en terminos deste pleyto, porque toca y resuelve todas las dudas deste punto, y no se puede determinar sin verlo, y assi lo suplicamos: habla en caso que vn padre fundó vn mayorazgo de las dos partes de su hazienda, en favor de su hijo por contrato oneroso de matrimonio, y en capitulaciones matrimoniales, y con assignacion de bienes, y despues contraxo deudas, y se dudò si avian de preferirse al vinculo, y resuelve, que se han de preferir los acreedores por los fundamentos que se han referido, y por otros muchos. Y desde el n. 26. entiende, y responde a la ley 29. de Toro, como se ha dicho, y alega Iuan Gutierrez, y Angulo en los lugares referidos, y en el n. 28. concluye assi: *Deniq; quæ supra obiecta fuerũt nihil obstabunt quia fatemur pacta nuptialia, & maioratus manere irrevocabiles, nec etiam ex consensu primi vocati posse ex debitis postea contractis diminui, sed hoc procedit in maioratu iam facto, & in esse producto ex rebus certis non vero vt in nostro casu in maioratu qui instituitur ex tertio, & quinto aut ex duobus partibus tertijs bonorum quæ superesse tempore mortis, nam & tunc expressa conventio-*

ne, & in tertio, & quinto ineſt ex ipſa rei natura, & legali diſpoſitione vt liquidatio fiat tempore mortis idq; etiam ſi ex pacto nuptiali maioratus fiat in quo notandus D. Iuan del Caſtillo, *qui ſequtus* Mol. *dict. cap. 35 num. 59. ut explicaret modos quibus maioratus fiunt irrevocabiles in l. 17. & 44. Taur. exiſtimat quando fiunt ex cauſa matrimonij quia poteſt eligi tempus promiſsionis ex l. 29. Tauri tunc non attendi mortis tempus, ut bona diminui valeant quippe iam notauimus, d. l. 29 quo ad illud ſolum in dote procedere non vero in reliquis donationibus aut maioratibus quæ ex pactis nuptialibus fierent quia tunc omnia ſupradicta procedunt.*

65 Por manera, que aunque la mejora ſea irrevocable, *vel ex cauſa matrimonij, vel ex voluntate donantis, tamen*, la revocacion la haze la ley, cuya diſpoſicion no ſe puede alterar por el pacto ni la capitulacion matrimonial, y no ſe podrá oponer, que parece milita la miſma razon en la dote de la hija, que en la mejora del hijo, & per conſequens la diſpoſicion de la ley 29. de Toro procedera con igualdad en ambos caſos.

66 Porque ſe reſponde que la ley es clara, y expreſſamẽte haze diſtinciõ entre las dotes de las hijas, y las donaciones de los hijos; y diſpone ſingilatim en vno, y en otro: y aſsi no recibe extenſion, ni interpretacion, pues la diſpoſiciõ es clara, y eſpecial.

67 Demas de que no milita la miſma razon, ſino muy diverſa, como advirtiò Angulo *in dict. l. 7. gloſſ. 1. tit. 6. lib. 5. n. 25. Cui addimus*, que la dote ſiempre es donacion *ob cauſam*, y el ſer *ob cauſam* no lo haze el matrimonio ſino la obligacion que tiene el padre de dotar a la hija *l. fin. C. de dotis promiſſ.* y no la tiene de dotar al hijo, *ut pulchre reſoluit* Rodrigo Suarez *in l. quoniam in prioribus q. 5. verſ. Nec omitendũ eſt. n.* 10. *& ſeq. vbi* Baldes *in add. ad n. 5. late* Tello Fernandez *in dict. l. 29. Taur. n. 2 & 5. verſ. Contrarium tamẽ.* Y aſsi la dote ſiempre es donacion neceſſaria, porque es debida *iure natura.* Y no es propia donacion ſino paga: y aquella es propiamente donacion *ob cauſam* la que ſe haze por obligacion preciſa; y por eſſo la mejora que ſe haze al hijo nunca es *ob cauſam*, porque no es neceſſaria, ſino voluntaria, aunque ſea por caſamiento.

68 Y eſta es la razon porque antes de la ley 29. de Toro era cierta opiniõ y reſolucion que para ſaber ſi la dote era inoficioſa, o no ſe attendria al tiempo de la conſtitucion, y no al de la muerte, ut latè comprobat Baeza *de non melior. cap. 31. per tot.* Y Palacios Rubios *in cap. per veſtras.* §. 22. *verſ. Sed pulchrum eſt videre n.* 1. *ubi aditio. verſ. Quo tempore inſpiciatur.* Y el titulo de la dote ſiẽpre es oneroſo *reſpectu mariti*, ut ait ipſe Palacios Rubios *vbi proxime n. 8. verſ. Et quod plus eſt*, donde dize, que es oneroſo reſpecto de los hijos, por la dote que llevò la madre, Gomez Arias *in l. 27. Taur. num.* 12. Matienzo *in l. 6. tit. 5. lib. 6. gloſſ. 6.* D. Caſtillo *cap. 60. n. 39. tom. 4.*

69 Y aſsi los acreedores del padre no la podian impugnar, aunque fueſſe exceſsiva conſtãte el matrimonio por el prejuizio del marido, y que no quedaſſe defraudado, ſino es que participó de la fraude *vt eſt Text in l. fin. § ſi à ſocero ff quod in fraudem* Baeza *de non melioran. cap. 32. n. 17.* Et Palacios *vbi proxime n. 8* Anto. Gomez *in l. 29 Taur. n. 34 in fin.*

70 Y todo eſto ceſſa en el hijo, y por eſſo la l. 29. de Toro hizo diſtincion de tiempos, y a la dote le dio los dos tiempos, no por fauor de las hijas, ſino del yerno, y no le dio de nuevo el tiempo de la conſtitucion, porque eſſe ſe lo tenia de derecho, y ſolo añadio a eſte el de la muerte con la eleccion que de antes no tenia, y en el hijo no dio los dos tiempos ni la eleccion,

cion, porque de derecho no tenia mas que el tiempo de la muerte en q̃ se le devia la legitima, y no avia obligacion de pagarsela en vida, como la dote: y assi se verà con evidencia con quanto fundamento dispuso la l. 29. de Toro cuydadosamente la eleccion de tiempos en las hijas, y no en los hijos, y fuera iniqua y corretoria si los igualara a todos pues le quitara a la dote el tiempo que le pertenecia por derecho, que es el de la constitucion. Y no se ha de presumir que la l. corrigiò la disposicion de derecho, antes se ha de interpretar conforme a ella; y assi no se puede estender su disposicion, en quanto a los tiempos, a las mejoras de los hijos, aunque sean onerosas ex diversitata rationis.

Que los vinculos se confirieron por el pacto al tiempo de la muerte.

71 TOdo lo que se ha dicho procede sin duda aqui, porque conforme à la capitulacion matrimonial el vinculo de los 4ſl. ducados se confiriò al tiempo de la muerte, porque se hizo cõ calidad de que el hijo que sucediesse repudiasse la legitima, y la sucesion que le perteneciesse al tiẽpo de la muerte. Y el vinculo de tercio y quinto tambien se hizo con esta calidad, porq̃ se le gravarõ al hijo las legitimas paterna y materna, y se fundó de las arras, y del multiplicado, que no se verifica ni puede verificar hasta que se dissuelva el matrimonio: y entonces es quando se ha de ver el estado de los bienes para todo, y se han de sacar las deudas precissamente; y si no quedassen bienes, no aurà en que consista el mayorazgo, *ita in specie considerat* Dñs D. Iuan de la Rea *alegat. 76. ex n. 5. cum sequentibus*, donde habla, & terminos. Y en el *n. 14. cum seqq.* resuelve, que aunque la fundacion se haga *ex bonis quæ habent, & haberent tempore mortis aliquibus bonis specialiter designatis adiecta clausula de constituto, tamen*, se ha de atender al tiempo de la muerte. Y aunque el fundador no huviera conferido esta disposicion al tiempo de la muerte, se ha de entender assi, porque siendo mejora *de quota*, y cantidad generica, es condicional, y se refiere al tiempo de la muerte, como lo dispone expressamente *la l. 23.* de Toro, que es la *l. 7. lib. 5. tit. 6. Recop. La l.* 19. de Toro. Y *3. eod. tit. Recop. l. 29. Tauri.* y *3. tit. 8. lib. 5. Recopilat.* Y assi lo tienen todos los Doctores del Reino, que cita el señor D. Iuan del Castillo *dict. cap. 35. lib. 4.* Con lo que es precisso que se prefieran los acreedores, pues aviendose de atender al tiẽpo de la muerte por naturaleza de la mejora, y por el pacto està sujeta a la diminucion de los bienes, causada por deudas contraidas sin fraude.

Que la mejora no fue irrevocable, ni onerosa.

72 EN los terminos deste pleyto no fue irrevocable ni onerosa, porque todas las donaciones, y mejoras hechas en favor de los hijos son revocables por su naturaleza, sino es que tienen alguno de los requisitos de la l. 17. de Toro, que vno dellos es el ser por causa onerosa, y no qualquiera donacion por matrimonio, ni qualquiera pacto *coherente* es irrevocable; porque para ello es necessario que intervenga tercero, y este tercero ha de contratar con el mejorado, mediante la mejora porq̃ si el mismo que se casa es el q̃ dona, o promete donar a su hijo siẽpre es la causa lucrativa, y no onerosa; porque no interviene tercero con el hijo mejorado, que son los terminos en que habla la l. 17. de Toro, assi la entẽdiò Tello Fernandez

nandez *in dict. l. 22. n. 16.* ibi. *Item hac lex qua confirmat hanc promissionem de meliorando quando fit ex causa onerosa intelligitur vt in donatione difinit lex 17. Tauri hoc est, quod fiat cum tertio, & licet hoc comprehendatur sub illo verbo oneroso tamen l. 17 expressit cum tertio quia quatenus tangit donationem filij, vel filiæ contractus lucratiuus est etiam si fit ex causa dotis, ut in l. Pomponius Philadelphus, ff familia harciscundæ, onerosus vero dicitur respectu tertiæ personæ, ut abundantius diximus in l. 17 declarat sic* Gomez *n. 22.* Y el mismo Tello en la l. 29. de Toro, *n.* 77. dize, que es impossibile *quod respectu donantis, & donatarij sit contractus onerosus, sed lucratiuus.* D. Molin. *de primogeni. lib 4. cap. 2. n. 16. & 17 ubi plures refert* Lima, Mieres 1. *p. q.* 24. *n.* 144. donde dize, que el ser la donacion irrevocable, es en favor del hijo mejorado que se casa: pero *quo ad alios etiam si sint vocati in ipsis capitulis matrimonialibus est reuocabilis tanquam cessante causa matrimonij.*

73 Y quãdo respecto de los hijos huviesse sido donaciõ onerosa, y irrevocable, ya no lo es: porque ha cessado la causa, ipse Lima ad Molinam *lib. 4 cap. 2. n. 73. vsq; 76.* donde dize, que el ser irrevocable esta mejora, y los pactos matrimoniales, se entiẽde solo en fauor de los hijos de aquel matrimonio: pero si se dissuelve el matrimonio, y no ay hijos, todas las donaciones, y llamamientos en favor de los transversales quedan revocables, porque la revocabilidad solo obra por la causa onerosa: *Et licet respectu filio iam sit causa onerosa, respectu vero transversalium maioratus est causa mere lucrativa pro ut simili dicitur in dote, quia respectu mariti continet causam onerosam, sed respectu filiæ continet lucrativam.* Y esta calidad *inest à principio* de los transversales.

74 Y assi supuesto que no han quedado hijos ni decendientes del General ni su muger, y que los que litigan son transversales, no es esta questiõ disputable, porque respeto dellos siempre fueron revocables estos vinculos, y mere lucrativos; y las deudas se pudieron contraer legitimamente, demas de que expressamente quiso el General q̃ se acabasse el vinculo de los 4U. ducados en el ultimo de sus descendientes. Porque conforme a la disposicion el vinculo de los 4U. ducad. no fue perpetuo, sino tẽporal y limitado en sus hijos, y descendientes: y al ultimo dellos le dexó facultad para que pudiesse disponer de la tercia parte a su voluntad, y de las otras dos tercias partes en obras pias a su voluntad, y muriendo sin disponer, o sin edad para testar, que succeda el pariente mas cercano del dicho General, como expressamente se dize en la capitulacion, ibi: *Item, en caso que los dichos señores General Iuan de Vribe, y doña Maria murieren con hijos, y decendientes legitimos que sucedan en el dicho mayorazgo, si el tal hijo, o descẽdiente sucessor, lo q̃ Dios no permita, muriesse despues sin ellos; y de manera q̃ quede acabada totalmente la linea legitima, y capaz de los dichos señores General Iuan de Vribe. y doña Maria en tal caso el vltimo successor pueda disponer de la tercia parte de los dichos bienes a su voluntad en quanto al acrecentamiento de los dichos 4U duc. del dicho señor General Iuan de Vribe; y en las dos tercias partes deste acrecentamiento, pueda el tal successor disponer solo para obras pias a su voluntad, y no para otro efeto: y muriendo el tal successor sin disponer, como dicho es, o sin edad para poder testar, succeda en este acrecentamiento el pariente mas cercano del dicho señor Iuan de Vribe por via de mayorazgo, prefiriendo el varon a la hembra, y el mayor al menor segun leyes y costumbres de los mayorazgos de España.*

75 Esta condicion se verificò porque el Maesse de Campo Don Juan de Ozeta fue el vltimo decendiente de la linea del dicho General y su muger

ger, y como tal vſando de la facultad que tuuo, diſpuſo no ſolo de la tercia parte de los 4U.duc.de renta, ſino de todos ellos, inſtituyendo por ſu heredera vniuerſal a la dicha ſeño. a D. Thereſa en todos ſus bienes, derechos, y acciones, y en los dichos 4U.duc. del acrecentamiento de la dicha caſa de Ozeta, como ſe dize expreſſamente en la tranſaccion, y en el memorial n.9. Y eſto fue lo que dio motiuo al pleyto en Madrid, porque en virtud deſta diſpoſició pretendia la ſeñora doña Thereſa que ſe auia extinguido el vinculo de los 4U.duc.y pretendia bien. Y lo miſmo pretẽden aora los acreedores; porque es cierto que quando vno tiene facultad de diſponer, o nombrar, es viſto vſar de aquella facultad, y diſponer en fauor de aquel que inſtituye por heredero. *l vnum ex familia. §. ſi duos. ff de legeat.*1.*l.*4.*C. de comitenda ſtipulatione, late exornat, & probat* Caldas Pereya *de nominatione q* 7.*per per totam præcipue n.*15. y 30. donde reſuelue q̃ el heredero inſtituydo es *realiter nominatus, etiamſi electio, vel diſpoſitio ſit in conditione poſita* Antonius Gomez *var. lib.*2.*cap.*11.*n.*7. *circa fin. & in ſpecie tradit* Menochius *conſ* 210.*vol.*3.*per tot præcipue ex n.* 64. donde diſtingue quatro caſos a que ſe reduce eſta materia. Y en el num. 68. reſuelue *quod quando quis poteſt aliqua de re diſponere, & vere diſpoſuit de ea vel generaliter, ſua bona alicui relinquendo tunc fecit quod debuit ex ſua parte, late* Dominus D. Iuan del Caſtillo *lib.*4.*cap.*61.*nu.*9. *verſ* 6. *etiam, vbi plures refert qui tenent communiter, & verius quod ille qui habet facultatem diſponendi de aliqua re particulari aut quantitate, & generaliter de omnibus bonis ſuis diſponat eo ipſo de re particulari diſpoſuiſſe dicitur.*

76 Y eſto procede no ſolo en fauor del heredero eſcrito, pero del heredero abinteſtato *ex diſpoſitione legis conficiuntur. ff de iure Codicillor. & in ſpecie declarat* Curſius Iunior *conſ.*4.*per tot. de cuius intellectu late ipſe* Caldas Pereyra *de nominat. q* 7.*n.*44. Surdus *conſ.*551.*n.*22.*volum.*4.

77 Y en los terminos deſte pleyto eſtamos fuera de toda duda, porque no ſolo huuo diſpoſicion general, y inſtitució vniuerſal de todos los bienes, ſino expreſſa, y eſpecial de los quatro mil ducados de renta del acrecentamiento, y qualquiera inſtitucion por teſtamento baſtara, porque el General Vribe llamó al pariente mas cercano en caſo que ſu vltimo decendiente no diſpuſieſſe, o murieſſe ſin hazer teſtamento, con que parece que quiſo que baſtaſſe el hazer teſtamẽto ſin que fueſſe neceſſario hazer otra diſpoſicion mas eſpecial, ſin embargo de que aqui lo huuo todo, por que huuo teſtamento, y diſpoſicion eſpecial de los 4U. ducad. con que eſte vinculo quedó extinguido, y reſuelto por la diſpoſicion del miſmo General; y aſsi juſtamente pretendia la ſeñora doña Thereſa, que era heredera vniuerſal en eſte derecho, como bienes libres en que hazia el negocio de los acreedores, pues pretenden lo miſmo: y oy no lo puede impugnar la miſma ſeñora doña Thereſa pues no puede venir contra lo miſmo que alegaua. Y aſsi aunque ſobre eſte derecho no huuieſſe trãſigido es tan ſiguro, y corriente en fauor de los acreedores, que ellos no neceſsitan de la tranſaccion, para que ſe les dè grado, y prelacion.

78 Todo eſto ſe ha dicho *ex abundanti*, porque ſupueſto que no ha quedado ningun hijo, ni decendiente de los fundadores: y los que oy litigan ſon tranſverſales en ellos, ha ceſſado la ceſſado la cauſa oneroſa, y la irreuocabilidad de la mejora, y no pueden tener prelacion; porque para cõ ellos nunca fue irrevocable, y ſe retrotrae en fauor de los acreedores, como ſi al tiempo que ſe contraxeron las deudas ya huuieſſen muerto los

hijos, y cessado la irrevocabilidad; porq̃ el extremo *ad quod*, era habil *in potentia*, que es lo q̃ basta para la retrotraccion, *vt supra n. 44 & 48. diximus.* Y assi aunque entonces tenia hijos el General, pudieron faltar, y cessar la causa de la irrevocabilidad, como ha cessado: con lo qual el titulo y causa que tienen oy los transversales es meramente lucrativa, y aunq̃ fuesse anterior tienen prelacion los acreedores posteriores, porque se fundan en causa onerosa. *l. inter omnes. 19. de re iudicat. late* Ioãn. Gutierr. *de iuram. confirmator. lib. 3. cap. 1. n. 20.* Carrasco *ad l. regn cap 11. p. 3. n. 205.* Paschalio *de virib. patr. potest. p. 7 cap. 9. n. 45.* Molin. *de contract. disput. 413. n. 12.*

79 Y esto procede aunque el donatario de causa lucratiua tenga hypoteca, porque esta es accessoria a la obligacion, y no tiene prelacion, aunq̃ sea anterior, si no ay tradicion Real; y assi se entiende la *l. siquidem. C. de donat. inter vir, &c.* Carrasco *vbi proxime n. 217. & alij proxime dicti.*

Que los acreedores tienen el derecho de los hijos para pedir las legitimas, y el de doña Maria de Ozeta para las arras, y multiplicado.

80 AVnque no tuuieran prelacion las deudas, como se ha fundado, no se le puede negar a las arras, y a las legitimas de cinco hijos que dexó el General, y al multiplicado que huuiere.

81 Las legitimas tienen primer lugar que la mejora, o alomenos la mejora no lo tiene mejor, pues no se ha de sacar primero que las legitimas: y las arras ya se ve, pues tienen mejor derecho que las legitimas, y que la mejora, y el multiplicado, pues las arras tienen derecho de acreedor anterior por el instrumento: y en el multiplicado conserva la muger derecho de dominio, y possesion, como notan los DD. del Reyno en la *l. 1. y 2. tit. 9 lib. 5 recop. vbi* Matiẽzo *late gloss. 3. n. 15.* Y en todos estos derechos hã sucedido los acreedores del General, su muger, y hijos; porque en la obligacion general se comprehenden *l. 3. C. de hæredit. vel act. venditi,* Neguslant *de pig. 2. membro secundæ partis n. 8. cum sequentibus.* Y assi se les adquiere accion para pedir la legitima que deuia el padre, como la pudieran pedir sus mismos hijos. *l. in hoc iuditium. ff commun. divid.* ibi: *Quæ ego fecissem ita ut ego poteram retentionem facere, tradit* Mygonius *decis. Florent. 10. n. 14.* ibi, *vnde videbatur isti emptores hoc iure legitimitatis, & decere sibi retinere dicta bona cum successerint in locum filiorum.* Socinus *cons. 113. n. 8. lib. 1.* Castrensis *cons 91. lib. 1. n. 2.* de tal manera que no la pueden renunciar tacita ni expressamente en prejuicio de los acreedores; porque aunque regularmẽte el deudor puede renunciar el derecho no adquirido en prejuicio de sus acreedores.

82 Esto se limita en la legitima, porque es derecho adquirido por la ley, y se deue *iure naturæ*; y assi se adquiere desde que nacen, y no se puede renunciar en fraude de los acreedores. *l in fraudem 45. ff. de iur fisci in specie.* Fontanela *de pactis claus. 4. glos. 9. p. 5. ex n. 118. vsq; 122. late* Mercurial Merlino *de legitim. lib. 3 tit. 2. q. 29.* donde disputa la quæstion problegmatice, y resuelue que los acreedores suceden en el mismo derecho de los hijos, para pedir la legitima, *ut ait ex n. 10.* Y no la pueden renunciar en su prejuicio, porque por la hypoteca adquieren derecho a la legitima *in commutabile, quia bonorum appellatione continentur iura, & actiones etiam futuræ. l. subsignatum. § bona ff de vs l nomen. C. quæ res pignor. expræsse tenet* Menochius *cons. 77. ex n. 1 cum seqq. tom. 1.* Cephalus *cons. 189 n 11.* Peregrinus

de

de fideicomm.art.3.n.130. y 133. *qui omnes tenent quod creditores habentes hypotecam adquirunt ius incommutabile ad ipsam filij legitimam*; y por la obligaciõ general adquieren accion vtil, *etiam sine cessione, ut late comprobat* Scacia *de appellat q.17.limit.6.memb.4 n.85. & de commertijs.§.2.gloss 5.n.418.* Ancarrano *cons.101.col.vltim.* donde dize *expresse* que la legitima viene en la obligacion general, y el suplimiẽto della; y que no la pueden renunciar los hijos en prejuicio de los acreedores hypotecarios. Y el mismo Merlino *vbi proxime* en el n.20.dize: *Nec facit quod legitima quæratur volente filio nam hoc procedit cessante obligatione, & hipoteca creata ad fauorem creditorum qui bus cum obligat bona, & actiones futuras in fauorem creditorum acceptasse dicitur, ita quod illud ius non possit ex post amplius remitere ac repudiare*, *late* Gratiano *discept.594.tom.3.n.15.* donde resuelve que el derecho de pedir la legitima passa al fisco acreedor, y se le transmite *sive filius in vita illam petierit sive non*; porque este derecho *semper transfertur ad hæredes licet filius in vita tacuerit, nec aliquem actum fecerit pro legitima consequenda, vt ait num.17.* Y lo mismo resuelve en la deciss. Marchiæ.4. *n.22. &* 30. y en la *discept.* 983 *n.19.tom 5.*

89 Y este derecho de revocar la donacion inoficiosa, y nula es cessible, y transmissible, *vt tenet in specie* Baeza *de non meliorand cap 32.n.15. & nu.17.* Y assi viene en la obligacion general de bienes: y esto procede sin duda quando la obligacion es despues de muerto el padre, que ya està deferida la legitima, *ut ait* Merlinus *ubi proxime n.* 6. *&* 7. Y pues en este caso todos los acreedores que concurren son de doña Maria de Ozeta, y sus hijos; porque ella como madre y tutora se obligó, y los obligó legitima mẽte con licencia de la justicia despues de muerto el General, quando ya todos ellos auian adquirido sus legitimas, no es dudable, sino que á los acreedores se les adquirió derecho para poderlas pedir como los mismos hijos; y assi para sacar los vinculos es precisso que ante todas cosas se reconozcan, y separen los bienes que ay del General, y de ellos se saquen precipuamente los que pertenecieron, y pudierõ pertenecer a doña Maria de Ozeta, por sus arras y multiplicado: y luego se saquẽ todas las legitimas de los hijos que fueron cinco; porque todas ellas, y la parte que tocó a doña Maria de Ozeta son bienes libres, y que pertenecen a los acreedores, en que no tienen ni pueden tener derecho alguno los vinculos.

90 Y no obstara dezir que la legitima del Maestre de Campo quedó granada por el General, y que el acetò el gravamen, porque no se halla mas acetacion que la que hizo el mismo Maestre de Campo el año de 1632. quando su madre fundó el vinculo del tercio y quinto, y aun en esta escritura no dize que aceta el grauamen de la legitima, sino que se supone que lo tiene, y a ha acetado, y desta accetaciõ no consta, ni esta confessiõ puede prejudicar, pues ya entonces todos estauan contraidos: y en su prejuicio no se puede renũciar ni consentir el grauamen de la legitima, porq̃ fue en fraude de los dichos acreedores, y era ya derecho adquirido como se ha dicho.

Que el vinculo de los 4U. *duc. caso, que tenga prelacion no se ha de pagar en dinero, sino en los mismos bienes que dexó el General.*

91 LA sentencia del Ordinario graduò este vinculo por dinero de contado considerando los 4U, duc. de renta à 20U. el millar, y desto se agrauian

uian los acreedores; porque aunque cessara todo lo que se ha dicho, y touiera prelacion este derecho, no es por cantidad de dinero porque el General se obligó de acrecentar 4U. duc. de renta; y dize la claususa: *Los quales aya de señalar, y desde luego señala de los bienes, juros, y rentas que al presente tiene.* Y supuesto que esta fue mejora, como se ha fundado, no se deue en contado, sino en los mismos bienes hereditarios, y assignados; y no han de ser los mejores, aunque el General quisiesse, porque era en fraude de las legitimas, assi lo resuelve Matienço *in l. 3. tit. 6. lib. 5 gloss. 1. n 2.* expressamente lo dispone la l. 20. de Toro, que es. 4. del dicho *tit. 6. Recop. lib. 5.* que prohiben que no se puede pagar en dinero la mejora, *sino en las cosas que el testador obiere sanalado la dicha mejora del tercio y quinto, e quando no lo señalo en la parte de la hazienda que el testador dexare, sean obligados los herederos a gelo dar, saluo si la hazienda del testador fuere de tal calidad, que no se pueda conueniblemente diuidir, en este caso mandamos que puedan dar los herederos del testador al dicho mejorado, o mejorados el valor del dicho tercio, y quinto en dineros.*

92 Con esto no tiene duda esta pretension, pues quier aya asignacion, o no, nunca el mejorado es acreedor de cantidad en dinero, sino en los mismos bienes hereditarios, y mas quando los bienes reciben diuision, como aqui; y supuesto que se ha de pagar conforme a la asignacion, no ay que considerar la renta a 20U. el millar; porque el fundador considerò la renta de los bienes que entonces tenia, que era a 14 y a 15. y 16. Y segun aquella estimacion se ha de computar, porque esso obra la asignacion, y no le quiso dar mas de aquel valor: y no altera esto la clausula del testamento en que dixo; que se pagasse de lo mejor y mas bien parado de sus bienes, porque esto no fue asignacion de dinero, sino la misma que auia hecho y mandado se guardasse y cumpliesse de lo mejor y mas bien parado de aquellos mismos bienes: y esto, como se ha dicho, no lo pudo hazer, ni pudo consignarlo mejor, pues es desigualdad y agrauio de los hijos, cuyo derecho representan los acreedores; demas de que en esta materia no se ha de sacar lo mejor, *ita expresse dicit. l si quis argentum. §. si vero reditum. C. de donat.* ibi: *Si vero reditum certum ex possessionibus donauerit non tamen nomina possessionem edixerit necesse habet de sua substantias fundos tradere tantum reditum inferre valentes quantum in donatione potuerit in talibus tamen agris, qui nec omnibus quos habet in possesione anteponuntur, nec deteriores omnibus sunt, sed status mediocris inveniuntur.*

Que no se ha de pagar a don Iuan de Vribe el legado de los 200. duc. &c.

93 EN la sentencia del Ordinario se le dà grado a Don Iuan de Vribe por 200. ducad. que el General le mandó con prelacion a los acreedores: y esto ya se ve que no tiene fundamento, pues siendo legatario, no tiene prelacion a los creedores.

Articulo segundo de la defensa particular de los acreedores.

94 CAsi todos los acreedores deste concurso dieron su dinero para redimir los tributos antiguos que auia impuesto el General, y su muger, y todas las escrituras son de vn mismo tenor. Huuo tres licencias, y se causaron los debitos en diferentes tiempos, y por la declaraciõ, y ajustamiento

tamiẽto que hizo Lucas de Iturbide q̃ fue quiẽ tomó el dinero en virtud de poder de doña Maria de Ozeta, consta q̃ las obligaciones q̃ hizo montan 41.q.818688.mrs. y los tributos que redimiò montan 27.q.408ꝟ.860.mrs. son los mismos que impuso el General, y los demas doña Maria de Ozeta; y dexó por emplear, y conuertir en redenciones 14.q.409ꝟ798. mrs. de ciertas personas que declara en la escritura.

95 Aqui no ay mas luz ni claridad que esta declaraciõ, y assi es forçoso que se estè a ella mientras no constare lo cõtrario, pues el mismo Lucas de Iturbide habla de su hecho propio, y fue la persona por cuya mano passó todo: y quando hizo esta declaracion no trataua de defraudar los acreedores sino de ajustar la cuenta con doña Maria de Ozeta; y no es verisimil que entonces dixesse que auia redimido con el dinero de vnos, siendo de otros: *tradit* Rota *per* Farinat. *in posth tom 1. deciss. 714 n. 3* ibi: *Et licet in instrumento redemptionis non exprimatur quod pecuniæ quibus facta fuit redemptio sint illæmet quæ receptæ fuerunt à Domino Antonio nihilominus id satis probatum videbatur ex circunstantijs temporis, & alijs accedente præsertim propria attestatione Dominis Benantij qui dictas pecunias recepit, & censum redemit conuersio etiam per coniecturas, & inditia probatur.* Demas de que aquella declaracion se halla comprobada, porq̃ los tributos antiguos se hallan redimidos, pues no se pagan; y algunos de los acreedores han presentado testimonios de las redemciones que se hizieron con su dinero: y en efeto todos pretẽden suceder en el derecho de aquellos tributos antiguos por esta declaracion. Y assi para la graduacion se ha de suponer que aqui ay tres generos de acreedores, vnos que han presentado testimonios de las redenciones que le hizieron con su dinero. Otros, que no consta quales tributos se ayan redimido con su dinero; pero consta que se redimieron por la declaracion de Lucas de Iturbide, y por el tiẽpo. Y otros que aunque dieron su dinero para redimir no se conuirtió en redencion: y estos declara especialmente el mismo Lucas de Iturbide.

96 Tambien se ha de suponer que para suceder en el derecho de los acreedores antiguos es necessario que concurran tres requisitos. El primero, que se dè el dinero para pagarles. El segundo, que se conuierta en el mismo efeto. Y el tercero, que el que da el dinero *pactione*, con el deudor que ha de suceder en el derecho del acreedor antiguo; assi lo dize la ley *l. 1 & ibi Gloss. & totum titulum C. de his qui in prior. credit. locum succedunt glossa. in l. astricto ff. quæ res pignorat.* Y aunque esta glossa añade otro requisito, *quod fiat pactum ut pignus sit obligatum tamen hoc non est necessarium, quia tria solum sufficiunt secundum communem sententiam, de qua testatur* Mantica *de contractibus tom. 1. lib. 11. tit. 29. n. 10. tradit late* Negusantio *de pignoribus 3 memb. 5. p n. 45.* donde dize, que si a demas de estos tres requisitos el deudor hypotecare sus bienes en fauor del acreedor que le da el dinero, este tal acreedor *habet duas hypotecas, vnam ex persona primi creditoris in cuius ius succedit vigore pacti alterã ex persona sua vigore conuentionis, & hypotecæ sibi concessa à sui debitore pro suo mutuo.* Lo mismo dize, y refiere Mantica *d. lib. 11 tit. 28. n 16. tenet in terminis* Rodrig. *de reditib. lib. 1. q. 14 n. 20.* dóde habla de dinero dado al menor para redimir tributos de a 14ꝟ. el millar, y constituirlo a 17. ꝟ. el millar, con pacto de suceder en lugar del primero; y dize que sucede el que da el dinero, y que este contrato es tan vtil que no necessita de decreto: *Et quod est casus in l pupillorũ in fin. ff de rebus eorũ,* Capicius Galeota *controvers. 56 n. 32.* Esta dotrina se ajusta induidualmente a los acreedores que dieron su dinero para redemir los tributos, porque concurren en ellos los tres requisitos necessarios.

97 El primero, porq̃ dieron su dinero expressamẽte para redemir los tributos antiguos; y desto no se puede dudar, porq̃ lo dizẽ las escrituras el poder,

y las

y las licencias, y en cada escritura està inserta la memoria de los tributos que se han de redimir.

98 El segũdo requisito tãbien consta porq̃ efectiuamẽte se redimierõ 27, q. y los 24, fueron impuestos por el General, y los demas por su muger, como consta de la declaracion de Lucas de Iturbide, y de la cuenta que dio à doña Maria de Ozeta.

99 Y no es necessario q̃ especialmẽte conste q̃ con el dinero de tal acreedor se redimió tal tributo, porq̃ el contrato no fue especial para redimir tal tributo, sino todos los de la memoria, y estos mismos se hallã redemidos; y esto basta para q̃ se aya conuertido el dinero en el mismo efecto para q̃ se dio: y la diferencia solo consistirà en q̃ el acreedor cõ cuyo dinero se huuiere redimido tributo cierto sucederâ en aquel tributo, sin q̃ concurra otro algun acreedor en el: pero los q̃ no pudierẽ probar esta especialidad concurriran todos juntos en la cãtidad, y antelaciõ de los otros tributos, *ut infra dicemus*.

100 El tercero requisito del pacto de suceder tãbien consta porq̃ aunq̃ se pretende q̃ en los contratos no ay tal pacto, se engaña mucho quiẽ esto afirma: y lo cõtrario es cierto, porq̃ en el poder q̃ dio D. Maria de Ozeta ay pacto expresso de subrogaciõ, *ut patet*, ibi: *Subrogãdo, e q̃ subroga en el derecho, e antelaciõ q̃ teniã los tributos q̃ con el tal dinero se redimiessen, e quitassen, y entrasse en su lugar los tributos q̃ assi de nueuo se impusiessen, e situassen, e gozassen de aquel mismo derecho, e prelaciõ y diesse y presentasse los memoriales de los tributos q̃ assi se huuiessen de redimir y quitar con el dinero q̃ assi de nueuo se tomasse, e impusiesse, &c.* En virtud deste poder cõtratò Lucas de Iturbide, y en cada cõtrato se insertò, y las memorias de los tributos, y se obligó de mostrar testimonio de la redẽcion dẽtro de cierto termino, y algunas mostrò q̃ estan presentadas. Y esto basta para q̃ se tenga por puesto el pacto de suceder, porq̃ esta sucesion solo se introduxo en fauor del deudor, y por cõueniẽcia y comodidad suya, y assi no necesita de q̃ lo cõsiẽta el acreedor antiguo, ni a los demas acreedores les haze agrauio pues no pone sus bienes de peor calidad, subrogando vn acreedor en lugar del otro, y para esto basta solo el hecho del deudor, y q̃ el lo quiera, y lo diga, porq̃ esta subrogaciõ solo pende de su voluntad; assi lo aduirtio doctamente Rodrig. *de reditib. d. lib. 1. q. 14. n. 22.* ibi: *Ideo tolleratur licet non interueniat factũ primi, sed dũtaxat factũ debitoris, & huius nouissimi, & hoc merito moribus introductum, & iure comprobatum fuit quia cæteris creditoribus damnum non affert debitoribus autem prodest quo faciliùs nam inueniant aceruiorem aliquem debitorem dimittendi, vel commodiùs mutandi.*

101 Y auiendolo dicho tã claramẽte en el poder, no fue necessario q̃ en la escritura se repitiesse; porq̃ el acreedor q̃ cõtratò en virtud de aquel poder, y dio su dinero para la redenciõ, fue visto consentir, y contratar cõ el mismo pacto, y mas siendo en su fauor, en terminos lo resuelue assi el señor Luys de Molina *lib. 4. c. 4. n. 33. & seq.* donde disputa desde el n. 30. Si auiẽdose dado facultad para vender vn fundo de mayorazgo, y que del precio, se compre otro, *ea lege ut in maioratu subroguetur*, duda, si auiendose cõprado el segundo fundo *simpliciter*, sin poner el pacto de la subrogaciõ, *nec exprimendo quod emebatur ipsi maioratui, nec etiam emptori se subrogara*, en lugar del otro fundo? y en este caso resuelue, *dicendũ esse rem simpliciter emptã ex pretio ex re maioratus redacto censeri emptã ea lege, ut in ipso maioratu subrogetur cũ enim pretiũ ad hoc destinatu esset sicq̃; à principio conuentũ fuisset actus sequẽs censebitur factus in executionẽ tractatus ac conuentionis præcedentis l. quædã mulier. ff. de rei vendicat. l. minus instructus cum similibus. C. de adquir. possess. quod præsertim si pretium, & res empta, & aliæ coniectura correspondeant dicendum erit.*

102 Y esta doctrina es indiuidual, porq̃ aqui huuo pacto expresso precedẽte; y los

y los tributos nueuos no se impusieron *simpliciter non exprimẽdo efectũ*, sino expressamẽte diziẽdo, q̃ se daua el dinero para redimir los tributos de las memorias insertas, insertando tambien el poder, y el pacto de la subrogacion, y poniẽdo clausula expressa q̃ dentro de cierto tiẽpo auia de darse testimonio de la redenciõ, para q̃ cõstasse qual se auia redimido: y asi no necesitan los acreedores de cõjecturas, porq̃ todo esto haze evidẽcia del pacto de la subrogaciõ.

103 Pruebase esto mismo sin duda de la doctrina de Mantica *de contract lib. tom. 1. lib. 7. tit. 18. per totũ*; donde resuelue q̃ si el poder fue especial para algũ acto, *etiã* aunq̃ se haga *simpliciter*, y sin mencion del poder, siẽpre se entiende auer hecho en conformidad del poder: pero si se hizo mencio del poder, y el que contrato con el procurador supo que contrataua como tal, no tiene duda, ni es disputable la quæstion, Gaito *de credito cap. 2. tit. 4. n. 883, comprobat* Menochius *lib. 3. præsumpt. 49. S n. 2. usq; ad finem.*

104 Esto supuesto, todos los acreedores q̃ dieron su dinero para redimir sucedẽ en la anterioridad y hypoteca de los tributos redimidos en la concurrente cãtidad: y porq̃ en la graduacion no se haga agrauio es preciso que se reconozcã los acreedores q̃ tienen testimonio del tributo q̃ se redimio con su dinero; y a estos se les dè el mismo lugar de aquel tributo, pues no puede auer duda q̃ se conuirtio su dinero en aquella redẽcion, y asi suceden sin atender al dia de su contrato, y si tuuo, o no fe de registro, porq̃ no nace la prelacion de su contrato sino del antiguo, q̃ se extinguió con su dinero, y se subrogó en su lugar. Y desta calidad es el derecho del Patronato de Don Alvaro Ponce, y el de Don Christoual de la Puebla, que tienen testimonio especial, y fe de registro en el mismo dia del contrato.

105 Pero los demas tributos que no muestran subrogacion especial sucederan en los antiguos por la anterioridad de sus cõtratos: y asi será fuerza ver qual dio primero su dinero, y luego ver las redenciones q̃ se fueron haziendo, y en aquellas se iran subrogando por su antelacion; porq̃ es verosimil, q̃ las primeras redenciones se fuessen haziendo con el primer dinero, y en duda asi se ha de presumir *ex textu in l. insulã. 13 ff. qui potiores*, ibi: *Sed verosimile est id actũ: primus quãq; pensionem pignoris causa sequeratur.* Y el acto subsequente siempre se presume hecho por la causa precedente *immediate ex supra dictis.*

106 Y asi las redemciones que mas breuemente se huuierẽ hecho se presumẽ auerse hecho con el dinero q̃ mas immediatamente se tomó para aquel efeto *ut probat* Tiraquelus *de retract linag. § 32 glossa vnica n. 24.* ibi: *Idem tamen censeo si vendens ipse confestim venditione facta pecuniã in emptionẽ aliorũ prædiorũ converterit quia id faciens satis videtur ex tẽporis vrebitate declarare in id se vendidisse ut emeret substitueretq; hunc fundũ in alterius locũ.* Y alega a Baldõ *cons. 492 col. 2 vbi ex l. si ventri. §. vlt ff de privileg. credit. tenet quod ex brevitate temporis præsumitur pecuniam aliunde receptam fuisse conversam in prædij emptionem cum scilicet non multum est spatij inter receptionem, & emptionem qui est casus noster.*

107 Y tãpoco entre estos acreedores es necessario fe de registro, porq̃ ninguno ignoró los tributos q̃ auia, pues todos dierõ su dinero para la redenciõ dellos, y se insertaron las memorias en cada escritura, y asi cessa la razõ de la ley del Reyno q̃ habla de los registros, y aqui mucho mas, porq̃ se contrataua para suceder en los tributos antiguos: y el registro no haze mas especial la sucesion, ni por el se ha de presumir q̃ cõ el dinero de la escritura registrada se redimiò el tributo; porq̃ si la fecha de la escritura es posterior a la redencion, consta q̃ no pudo seruir aquel dinero para el tributo q̃ ya estava redimido, y no tiene sucesion en aquel tributo, porq̃ le falta el requisito de la version, q̃ es vno de los tres requisitos necessarios; y asi no ay que atender al registro, sino a la redencion mas inmediata del contrato: demas de que la ley del Reyno no habla

en

en este caso de subrogacion, sinó en prelacion regular, y ordinaria, y no se ha de extender porque es odiosa su disposicion.

108 El tercer genero de los acreedores que dierõ su dinero para redimir, y no se convirtiò en redencion, ni consta, antes lo contrario por la declaracion de Lucas de Iturbide no parece que podrã suceder en los tributos antiguos, por q̃ les falta el requisito de la version, y asi se auran de graduar por la antelaciõ de sus contratos y hypotecas, y por la fe de registros de las mismas fincas, q̃es como està entẽdida la ley del Reyno, como se fundara por otros acreedores.

109 Y para que se les de su grado, y se les haga pago a estos acreedores del tercero genero, no les embaraça el no auerse convertido su dinero en redenciones, porq̃ a ellos les bastó darlo para este efeto, y contratar con el procurador legitimo, q̃ tenia poder para recebir de la parte, y del Iuez; porq̃ en los autos de las licencias se dize, q̃ se cũpla con entregar el dinero a Lucas de Iturbide, y q̃ su carta de pago sea bastante recaudo; y asi cumplieron los acreedorei, y no tuuieron obligacion de ser curiosos, ni hazer q̃ se redimiesse, porque executarõ la forma del poder, y de las licencias; y esto basta para que quedassen obligados eficazmente los bienes, porque pagaron conforme a las licencias, y al poder, *ita in specie resolvit* Dom. Molin. *de prim. gen dict lib.4 cap. 4 n.23.* donde dize que si en la facultad que se concede para vender, o emplear el mayorazgo para emplear, o subrogar en otra cosa se manda que el dinero se deposite en tal parte; y el que lo da, lo cumple asi: *Non tenebitur curare ut ex illo alia bona comparentur atq; in maioratu subrogentur sicq; plures observatum atq; in quadam lite arduissima iudicatum vidimus quod si ex regia facultate pecunia non pracipiatur deponi, sed tradi maioratus possesori ut ex illa aliquid faciat emptor nihil aliud facere tenebitur quam illã maioratus possesori tradere in causam à regia facultate permissam securusq; erit, etiã si illam in alium causam converterit ex his quæ superius adducta sunt.* Y en comprobacion refiere muchos DD. Lima *in n.20.* Y en efeto concluye, *quia quando possessor maioratus habet speciale mandatum ad recipiendum proculdubio securus, & tutus est, emptor qui ei solvit.* Y demas de los que alega Lima *tradit* Egidio *de iust. & iure. 2 p. cap.8. n.28. vers. tertio limita per textum in l. 1. § non autem. ff de exercit. act.*

110 *Ex quibus omnibus* resulta fundada la justicia de los acreedores, lo primero, por la transaccion, pues conforme a ella tienen prelacion a los vinculos.

111 Lo segundo, porque quando no la huuiesse, los dos vinculos se reducen a vno de tercio y quinto de los bienes que se consideran al tiempo de la muerte *ex ipsa rei natura, & ex pacto*: y entonces se han de sacar primero las deudas.

112 Lo tercero, porque tambien se han de sacar primero las legitimas de los hijos en cuyo derecho suceden los acreedores, y el multiplicado, y las arras que tambien se ha de sacar.

113 Lo quarto, porque esto no tiene duda, auiendo faltado todos los hijos, y auiendo llegado el llamamiento de los transversales, respecto de quien siempre fue la causa lucrativa, y los vinculos reuocables.

114 Lo quinto, porque el vinculo de los 4Ꝟ. ducados expirò con la disposiciõ de el Maesse de Campo por lo menos en la tercia parte, y tanto menos ha de ser el vinculo del tercio y quinto. *Ex quibus omnibus, & singulis dictis*, esperamos se revoque la sentencia del Ordinario, y se determine como pretenden los acreedores. Salvo, &c.

Lic. D. Lorenço del Castillo y Gallegos.